VINICIUS MOTA DE JESUS

DO SILÊNCIO AO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL: OS CAMINHOS DA IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2013

VINICIUS MOTA DE JESUS

DO SILÊNCIO AO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL: OS CAMINHOS DA IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Área de Concentração em Direitos Humanos, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Professora Doutora Eunice Aparecida de Jesus Prudente.

São Paulo

2013

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Jesus, Vinicius Mota de.

J56d Do silêncio ao Estatuto da igualdade racial: os caminhos da igualdade no direito brasileiro / Vinicius Mota de Jesus. - - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2013.

137 f.

Orientadora: Profª. Drª. Eunice Aparecida Prudente de Jesus.

Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

1. Direitos Humanos. 2. Discriminação Racial. 3. Racismo. 4. Negros. 5. Igualdade perante a Lei. I. Jesus, Eunice Aparecida Prudente de. II. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 342.724(043)

VINICIUS MOTA DE JESUS

DO SILÊNCIO AO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL: OS CAMINHOS DA IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Área de Concentração em Direitos Humanos, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, sob a orientação da Professora Doutora Eunice Aparecida de Jesus Prudente.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos negros que heroicamente enfrentam
seu cotidiano de lutas e agruras
com coragem.

AGRADECIMENTOS

Tive a felicidade de aprender que, na vida, nada se realiza sozinho. Por certo que escrever uma dissertação é uma tarefa que demanda a realização de diversas atividades de execução individual, porém, essas atividades somente poderão lograr êxito com o auxílio das pessoas que nos cercam.

Nesse sentido, cada pessoa com quem convivemos tem algo a nos dar e ensinar, e, muitas, sem que o saibam, nos ajudam silenciosamente com seus exemplos. Minha avó me deixou a lição de sempre esperar pelo melhor, minha mãe me ensinou que sem esforço não é possível vencer as adversidades, e meu pai sempre me dedicou suas palavras de incentivo, que muito me ampararam nesta caminhada.

Meus agradecimentos também se estendem à Professora Eunice Prudente, que com muita generosidade decidiu me orientar, apesar de minhas limitações, desde o trabalho de conclusão de curso na graduação, em 2009. Nossas conversas sempre foram muito frutíferas, sobretudo pela confiança e pelo compartilhamento do senso de responsabilidade para com o tema ao qual tenho me dedicado. Agradeço igualmente à Professora Denise Auad, que me deu a oportunidade de ser seu monitor no curso de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de São Bernardo, e com quem muito aprendi naquele ano de convivência, tanto em suas aulas, como em nossas conversas sobre o direito e seus dilemas. Agradeço também ao Professor Alysson Mascaro, cuja participação na banca de qualificação foi essencial para a reestruturação de alguns capítulos deste trabalho e pelo estímulo para que eu buscasse abordar os velhos temas por outras perspectivas.

Também agradeço aos colegas com quem tive a oportunidade de conviver durante esses anos na pós-graduação, em especial à Simone Henrique, Edinaldo Santos, Carolina Oliboni e Carlos Eduardo, amigos que a vida me trouxe e com quem vivi importantes momentos, valendo mencionar os dois anos de monitoria junto às turmas de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Igualmente sou grato aos amigos que participaram comigo do movimento estudantil, por terem contribuído para minha formação e para a minha visão do fenômeno jurídico, de modo que a despeito da falta de consenso sobre as potencialidades do direito, sua abordagem deve buscar sempre ultrapassar os limites da teoria tradicional e refutar a falsa noção de neutralidade por parte do jurista. Agradeço, assim, a Pablo Biondi, Renan Quinalha, Luiz Mendonça, Gabriel Muniz, Veridiana Alimonti, Ricardo Ribeiro, Rafael de Sá, Nayara Meira, Ligia Andrade, Flávia Annenberg, Gabriela Pimenta, Talita Melo,

Walter Andrade, Thiago Barison, Paulo Leonardo, Thiago Leal, Leonardo Passinato, João Bosco, Marcos Minari, Danilo Queiroz, Aline Viotto e Jonnas Marques.

Gostaria também de registrar meus agradecimentos aos colegas Ivan Amorim, Vivian Lira Lima e Carolina Reple, pela troca de ideias sobre o direito e o justo. Igualmente agradeço a Ivan Budinski e Lucas Marmitt, que me auxiliaram nas revisões do texto.

Por derradeiro, agradeço à Marília Silva Tuena, minha companheira, por sua paciência e resignação durante toda a elaboração desta dissertação e por ter vindo iluminar os meus dias com seu sorriso.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo tratar do Estatuto da Igualdade Racial, aprovado em 2010. Trata-se de uma lei que reúne diversas ações afirmativas direcionadas a enfrentar o problema da discriminação e da desigualdade entre os grupos raciais na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, abordamos o tema dos direitos humanos e fundamentais e a importância deles para o negro, uma vez que esses direitos ingressaram na história como uma reivindicação da classe burguesa e foram paulatinamente contemplando interesses de outros grupos, embora ainda seja necessário tornar a proteção oferecida por esses direitos uma realidade para a maioria das pessoas. Ademais, destacamos como os direitos humanos e fundamentais têm sido interpretados atualmente, considerando especialmente as teorias que reverberam nos tribunais brasileiros. Posteriormente, discutimos alguns aspectos do complexo quadro racial brasileiro, apresentando conceitos basilares e enfrentando o tema candente de como se caracteriza o racismo na sociedade brasileira, pois existem pessoas que consideram que a principal origem das discriminações vividas pelos negros não se deve ao atributo racial e sim à condição social. Além disso, apresentamos dados que registram as desigualdades raciais em setores como educação e mercado de trabalho. Na sequência, nos dedicamos à trajetória do Estatuto da Igualdade Racial no Congresso Nacional, apontado as resistências que o Estatuto sofreu até ser promulgado, bem como abordamos o conceito de ações afirmativas e os principais argumentos contrários a esse tipo de política pública. Ao final, estabelecemos a ligação entre normas presentes no Estatuto e a teoria dos princípios. O caminho percorrido nos permitiu concluir que os direitos humanos e fundamentais, embora tenham surgido como expressão dos interesses de um grupo social específico, serviram como arma na luta pela melhoria de vida dos grupos sociais menos favorecidos. Além disso, o Estatuto da Igualdade Racial é a primeira iniciativa que se propõe a enfrentar de forma propositiva os problemas decorrentes da escravidão e do racismo, que por muitas décadas não mereceram a devida atenção da sociedade e dos poderes públicos.

Palavras-chave: Direitos humanos; racismo; teoria dos princípios; Estatuto da Igualdade Racial.

ABSTRACT

The present study aims to deal with the Statute of Racial Equality, adopted in 2010. It is a law that gathers many affirmative actions aimed at tackling the problem of discrimination and inequality between racial groups in Brazilian society. First, we address the issue of human and fundamental rights and their importance to the black people, since those rights were introduced in the history as a claim of the bourgeois class and gradually contemplated interests of other groups, although it is still necessary to make the protection offered for these rights a reality for most people. Furthermore, we highlight how human and fundamental rights are interpreted today, especially considering the theories that reverberate in the Brazilian courts. Later, we discuss some aspects of the complex Brazilian racial aspects, presenting basic concepts and approaching the significant issue of how to characterize racism in Brazilian society, because there are people who believe that the main source of discrimination experienced by blacks is not due to racial attribute, but to the social condition. Furthermore, we present some data that registers the racial inequalities in sectors such as education and labor market. After that, we explain the trajectory for the Statute of Racial Equality in Congress, showing the resistance suffered by the statute to be enacted and how we approach, also, the concept of affirmative action and the main arguments against this type of public policy. At the end we establish the link between the standards present in the statute and the theory of principles and the proportionality judgment. The path we took allowed us to conclude that human rights and fundamental, even if they emerged as an expression of the interests of a particular social group, still served as a weapon in the struggle to improve the lifes of less favored social groups. Furthermore, the Statute of Racial Equality is the first initiative that proposes to positively address the problems arising from slavery and racism, which for many decades have not received due attention by society and government.

Keywords: Human rights; racism; theory principles; Statute of Racial Equality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10

1. OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS SOB O PRISMA DA IGUALDADE RACIAL 13

1.1 Aspectos gerais dos direitos humanos e fundamentais 13

1.1.1 Terminologia 13

1.1.2 Definições 18

1.1.3 Características 20

1.1.4 Fundamentos 22

1.2 Modernidade e igualdade 25

1.3 A primeira geração de direitos e o negro 34

1.4 A segunda geração de direitos e o negro 39

1.5 A terceira geração de direitos e o negro 44

1.6 Interpretação e aplicação dos direitos humanos e fundamentais 46

1.6.1 Pós-positivismo 47

1.6.2 Neoconstitucionalismo 51

2. ASPECTOS DA REALIDADE RACIAL BRASILEIRA 56

2.1 Conceitos 56

2.1.1 Raça 56

2.1.2 Etnia 62

2.1.3 Preconceito 63

2.1.4 Discriminação 65

2.1.5 Racismo 65

2.2 A questão racial no Brasil 73

2.2.1 O silêncio eloquente 73

2.2.2 A democracia racial 80

2.2.3 O mito desvelado 85

2.2.4 Da teoria à prática 89

2.3 A desigualdade racial em números 90

3. O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL 98

3.1 A longa travessia 98

3.2 Ações afirmativas 109

3.3 O instrumental 118

4. CONCLUSÃO 127

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 130

INTRODUÇÃO

Há algum tempo foi revista a falsa noção da possibilidade de absoluta separação entre o sujeito cognoscente e o objeto de sua observação. O sujeito, ao conhecer um determinado objeto, não é capaz de despir-se completamente de si mesmo, de suas vivências e de sua visão de mundo. Somente o reconhecimento dessa condição permite que se busque fazer ciência de forma honesta, pois impõe ao sujeito a constante autocrítica, que se verifica na avaliação dos frutos angariados ao longo da pesquisa e de seus pontos de vista.

Neste trabalho, propomo-nos abordar o Estatuto da Igualdade Racial, Lei n.º 12.288/2010, que estabelece diversas medidas para enfrentar as desigualdades e as discriminações raciais que incidem sobre a população negra em nosso país. A escolha do tema não é absolutamente aleatória, pois foi influenciada pelas experiências vividas pelo autor. O mesmo se pode dizer das indagações preliminares que nortearam a elaboração da dissertação. O Estatuto seria capaz de mitigar o racismo presente na sociedade brasileira? O que leva as pessoas que se opuseram, e se opõem, às ações afirmativas de cunho racial a argumentarem que as iniciativas deste diploma legal afrontam o princípio da igualdade, quando a ciência jurídica, há muito tempo, superou a visão liberal e estreita da igualdade formal?

Assim, cientes dessa relação entre sujeito e objeto, sentimos a necessidade de questionar alguns de nossos pressupostos para que o trabalho dialogue com quem tenha uma perspectiva diferente de nossa realidade. Por essa razão, quando nos perguntamos se o Estatuto pode enfrentar o racismo, percebemos a pertinência de se debater a própria existência do racismo, uma vez que isso não é unanimidade. De igual modo, identificamos que caberia verificar se os textos normativos poderiam influenciar esse comportamento discriminatório, e, em caso positivo, quais seriam as dificuldades para que o Estatuto conseguisse atingir a sua finalidade. Da mesma forma, notamos que o questionamento sobre o uso do argumento da igualdade formal partira da ideia que as conquistas da ciência jurídica estariam presentes no seio da sociedade, o que não é verdadeiro.

Diante dessa proposta de tratarmos de nosso objeto de estudo pautando-nos pela preocupação de não deixar de explicitar e justificar os nossos pontos de vista, iniciamos o trabalho dedicando um capítulo ao tema dos direitos humanos e fundamentais, porém, adotando uma perspectiva não usual. Boa parte das considerações sobre esses

direitos afirmam que as novas gerações ou dimensões de direitos contemplam o ser humano enquanto sujeito concreto, com suas especificidades. Entretanto, em regra, raras são as incursões sobre esse terreno do sujeito concreto.

Isso nos levou a tratar desses direitos e de suas relações com a situação do negro nos países ocidentais. Afinal, os direitos humanos foram declarados ao final do século XVIII, assegurando o direito à liberdade, no contexto das revoluções burguesas contra os segmentos hegemônicos do Antigo Regime, e ao lado dessas solenes declarações, a escravidão dos homens negros permaneceu praticamente imperturbada por muitas décadas. Essa situação nos conduziu a revisitar a trajetória da transformação do valor da igualdade em direito natural. Ainda sob esse prisma, abordamos os direitos sociais e investigamos as virtudes e limitações na noção de que eles seriam o reflexo da ideia do direito de igualdade material. Adiante, discutidos a importância e o impacto dos direitos de terceira geração ou dimensão para os negros. Após, no encerramento do primeiro capítulo, dedicamo-nos a abordar as transformações que sofreu a visão mais tradicional dos direitos humanos e fundamentais, em decorrência de propostas inovadoras que partiram da ciência jurídica norte-americana e alemã, que aportaram no Brasil ao final do século passado.

No segundo capítulo, nossa atenção se debruçou em três temas centrais. O primeiro tratou da existência ou não do racismo na sociedade brasileira, que se caracteriza por não se reconhecer racista, ao mesmo tempo em que admite a existência de racismo nas relações interpessoais[1]. Nesse ponto, enfrentamos o principal argumento que busca justificar as situações de discriminação pelas quais passam os negros, a saber: o preconceito de classe. Na sequência, dirigimo-nos ao assunto de como a questão racial foi compreendida pela sociedade brasileira, na conjuntura do final do regime escravocrata, a partir das últimas décadas do século XIX. Naquele período de questionamento das hierarquias sociais, as teorias racistas, importadas do continente europeu, frutificaram entre os intelectuais e os políticos brasileiros. A consequência da noção de inferioridade racial, formulada pelas teses racistas, era a degradação das populações miscigenadas. Diante desse quadro, nossas elites fizeram uma adaptação conveniente dessas ideias: mantiveram

[1] "Em 1988, uma pesquisa foi realizada em São Paulo com o objetivo de entender de que maneira, cem anos após a Abolição, os brasileiros definiam o racismo vigente no Brasil. Os resultados da investigação foram simples e reveladores: enquanto 97% dos entrevistados afirmaram não ter preconceito, 98% disseram conhecer, sim, pessoas e situações que revelavam a existência de discriminação racial no país. Ao mesmo tempo, quando inquiridos sobre o grau de relação com aqueles de denominavam racistas, os entrevistados indicaram com frequência parentes próximos, namorados e amigos íntimos. A conclusão informal da pesquisa, era, assim, que todo brasileiro parece se sentir como uma 'ilha de democracia racial', cercado de racistas por todos os lados." SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Racismo no Brasil*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 76.

a noção de hierarquia racial, mas consideraram que a miscigenação poderia conter os possíveis conflitos entre os grupos. O passo seguinte foi a construção da ideia dos aspectos positivos decorrentes dessa mistura racial, pois ao invés da população adquirir os elementos negativos de cada conjunto racial, passou-se a considerar que os brasileiros tinham a virtude de cada um dos povos que lhe deu origem. Essa visão redundará na noção de democracia racial, posteriormente questionada em estudos impulsionados pela Unesco[2], que apontaram para o aspecto negativo desse mito, pois a ideia de relativa harmonia entre os grupos raciais resultou na desatenção para com a situação de desigualdade vivida pelos negros, por parte dos poderes públicos. O terceiro tema de nosso segundo capítulo está relacionado com as iniciativas consequentes dessa revisão da democracia racial, o que nos motivou a apresentar um quadro das assimetrias existentes entre os grupos raciais que deverão ser combatidas pelo Estatuto da Igualdade Racial.

No terceiro capítulo, elaboramos um balanço da tramitação do Estatuto nas casas legislativas e uma avaliação dos aspectos positivos e negativos do texto. Identificamos que muitas das mudanças sofridas pelo texto inicial do projeto do Estatuto estão relacionadas à persistência de uma noção irrealista de equilíbrio entre os grupos raciais. Na sequência, dedicamos um item para tratarmos das ações afirmativas e dos principais argumentos contrários a esse tipo de política pública. Por fim, analisamos a adequação do uso do instrumento teórico para a aplicação de direitos fundamentais, baseado na teoria dos princípios e no juízo de proporcionalidade, uma vez que esses são parâmetros dos quais atualmente se servem os magistrados nas suas decisões sobre temas candentes, os chamados casos difíceis.

[2] MAIO, Marcos Chor. O projeto Unesco e a agenda das ciências sociais no Brasil dos anos 40 e 50. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 14, n. 41, , p. 141-158, out. 1999.

1. OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS SOB O PRISMA DA IGUALDADE RACIAL

Neste capítulo apresentaremos uma abordagem dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na qual a atenção está voltada para a relação entre esses direitos e a situação dos negros, que vivenciaram a situação de escravidão em sociedades ocidentais organizadas em conformidade com o pensamento liberal, e também enfrentam a discriminação e a desigualdade após a abolição dos regimes escravocratas.

Inicialmente, trataremos dos elementos basilares da noção de direitos humanos e fundamentais.

1.1 Aspectos gerais dos direitos humanos e fundamentais

1.1.1 Terminologia

As declarações de direitos do século XVIII tinham por objetivo assegurar o respeito a certos direitos tidos como inerentes ao homem ou necessários ao cidadão para a vida em sociedade. Esses documentos expressaram as noções centrais da filosofia iluminista, especialmente a teoria do contrato social, segundo a qual o ser humano, considerado livre em sua condição originária e natural, aderira a um pacto firmado com seus concidadãos a fim de assegurar para si as vantagens decorrentes dessa associação. Por essa razão, tanto a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, quanto a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tratam de duas espécies de direitos.

Uma delas é constituída por direitos que seriam pertencentes ao homem tão somente por sua qualidade de ser racional, distinto dos demais seres da natureza. A outra é composta por aqueles direitos decorrentes da agregação do indivíduo ao grupo social. Os primeiros foram chamados de direitos do homem, os segundos, de direitos do cidadão. Aqueles seriam, notadamente, o direito à vida, à liberdade e à propriedade, ao passo que o mais importante direito do cidadão é o de participar da formação da vontade do corpo social.

Com o transcorrer do tempo, novos direitos humanos e fundamentais surgiram em função da incapacidade dos direitos de primeira geração, caracterizados por uma concepção excessivamente individualista, em lidar com as consequências produzidas pelo

capitalismo pautado pelo pensamento liberal, e também em virtude da crescente complexidade das relações sociais, de forma que se somou aos direitos do homem e do cidadão uma ampla gama de expressões: "direitos individuais"; "direitos sociais"; "direitos políticos"; "direitos coletivos"; "direitos difusos"; "direitos transindividuais"; "direitos metaindividuais"; "liberdades públicas"; "liberdades individuais"; "liberdades civis"; "direitos humanos"; "direitos fundamentais"; "direitos humanos fundamentais" etc.[3]

Observa-se que as constituições brasileiras, refletindo essa proliferação de expressões, já empregaram, para designar esse conjunto de direitos, as seguintes maneiras: "Das disposições geraes, e garantias dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brazileiros", título 8.º, da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824[4]; "declaração de direitos", sem mais nenhum qualificativo, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891[5]; "direitos políticos" e "direitos e garantias individuais", na Constituição de 1934[6]; o que se alterou com o golpe que instaurou o Estado Novo de Getúlio Vargas, na Constituição de 1937 quando se excluiu o título "da declaração de direitos", e se substitui o capítulo "dos direitos políticos" por "da nacionalidade e da cidadania"[7]. Na redação da Carta Constitucional de 1988 utiliza-se, pela primeira vez, a designação "direitos e garantias fundamentais", título dentro do qual se encontram os capítulos "dos direitos e deveres individuais e coletivos" e "dos direitos sociais"[8].

Essa profusão de denominações aponta para a necessidade de se adotar uma terminologia precisa, justificando a nossa preocupação em elucidar o que denominamos como "direitos humanos" e "direitos fundamentais", uma vez que utilizaremos essas locuções diversas vezes ao longo do nosso estudo e também porque é possível identificar a utilização equívoca dessas expressões.

Ao enfrentar o assunto da terminologia, Paulo Bonavides aponta para a questão das tradições das culturas jurídicas em diferentes países, indicando que a preferência pela expressão "direitos fundamentais" tem origem entre os juristas alemães:

---

[3] Além de outras expressões, indicadas por DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 39.

[4] BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 12 mar. 2011.

[5] BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 12 mar. 2011.

[6] BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm >. Acesso em 12 mar. 2011.

[7] BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 12 mar. 2011.

[8] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em 12 mar. 2011.

> Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.[9]

Importante registrar que o movimento feminista colocou em xeque a utilização da expressão "direitos do homem", tida como sinônimo dos "direitos humanos" na medida em que a denominação seria decorrente de uma visão machista de sociedade[10]:

> É verdade que, no diálogo político, não mais se fala em direitos do Homem, embora textos constitucionais ainda empreguem a expressão. O feminismo conseguiu o repúdio da mesma, acusando-a de "machista". Logrou impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação.[11]

Essas considerações nos oferecem pistas para compreender algumas das razões que explicam o uso ambíguo das diferentes designações. Por um lado, os textos normativos e a dogmática jurídica em cada país possuem suas peculiaridades, sem desconsiderar a influência mútua que as ciências jurídicas desenvolvidas em diferentes países exercem entre si. Além disso, a luta política também implica em uma disputa em torno da denominação dos conceitos.

De todo modo, a despeito da dubiedade no uso desses termos, identifica-se que se tem assentado na tradição jurídica brasileira, e também portuguesa, o uso dessas designações para se referir a tipos distintos de direitos. De acordo com essa concepção, os "direitos humanos" referem-se aos direitos presentes na esfera internacional, enquanto os "direitos fundamentais" são aqueles positivados em um determinado ordenamento jurídico. Posicionamento este que está em conformidade com o entendimento esposado por José Canotilho, segundo o qual os direitos do homem são de dimensão jusnaturalista-universalista, enquanto os direitos fundamentais são limitados espaço-temporalmente:

> As expressões "direitos do homem" e "direitos fundamentais" são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-

[9] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 560.
[10] Vale lembrar que, já em 1791, Olympe de Gouges redigiu a Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã, combatendo a desigualdade de direitos entre as mulheres e os homens.
[11] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 14.

> universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.[12]

Igualmente, José Afonso da Silva adota o adjetivo "fundamentais" para se referir aos direitos positivados:

> *Direitos humanos* é expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia *direitos do homem,* objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos […].
> *Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.[13]

Posto isso, assinalamos que adotaremos esse critério ao longo desta dissertação. Assim, ao nos referirmos ao direito suprapositivo[14], nos serviremos da expressão "direitos humanos", valendo registrar nossa concordância com a proposta de não se utilizar a expressão "direitos do homem", estilo que não se coaduna com a revisão terminológica dos institutos jurídicos que transpareciam, em suas denominações, a restrição à cidadania das mulheres. Outrossim, empregaremos a expressão "direitos fundamentais" para designar esse conjunto especial de direitos que se encontra positivado nos ordenamentos jurídicos. Esse critério será excetuado nas situações em que mencionarmos as considerações de um determinado autor, oportunidade em que respeitaremos sua opção terminológica. Além disso, haverá situações em que utilizaremos a expressão "direitos humanos e fundamentais" para nos referirmos a todo o rol de direitos humanos e de direitos fundamentais, embora muitas vezes se verifique na doutrina jurídica brasileira o uso da expressão "direitos humanos" para todo esse conjunto, o que entendemos como mais um exemplo de impressão de linguagem.

---

[12] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 393.
[13] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 176 e 178.
[14] "Excetuando-se as expressões *direitos naturais* e *direitos humanos*, que não são adequadas para os propósitos do presente estudo, já que não indicam os direitos positivados na Constituição, mas sim os direitos pré-positivos (direitos naturais) e/ou suprapositivos (direitos humanos), não há uma terminologia correta. Utiliza-se aqui o termo *direitos fundamentais* por três razões". DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 39.

Ademais, faz-se necessário apresentar mais um esclarecimento terminológico. Os juristas divergem quanto ao termo adequado para se referir ao conjunto de direitos humanos e fundamentais quando tomados sob o prisma do momento em que foram reconhecidos ou criados. Dito de outro modo: a expressão "geração de direitos" deixou de ser unanimidade há certo tempo.

Diferentemente da situação dos direitos humanos e fundamentais, a celeuma em torno da expressão "geração de direitos" não apresenta um critério apto a justificar a revisão terminológica. Argumenta-se que a palavra "geração" poderia induzir o intérprete a considerar que as gerações de direitos se sucederiam de forma que a geração posterior resultaria na eliminação de geração anterior. Por exemplo, segundo esse entendimento, a palavra "geração" poderia fazer entender que a segunda geração de direitos teria como consequência a superação da primeira, e a terceira geração de direitos teria feito o mesmo com a segunda. O argumento não nos convence. Nesse ponto, concordamos com Daniel Sarmento:

> Há vários autores que criticam a alusão às "gerações" de direito fundamentais, pois a locução pode induzir à errônea idéia de que existiriam direitos fundamentais mais importantes do que outros, ou que o advento de novos direitos significaria a superação dos anteriores. Evidentemente, não é isto o que ocorre, pois os direitos humanos são complementares e indivisíveis. Sem embargo, não vemos nenhum problema no uso de tal expressão, desde que se esclareça que quando se fala em direitos de 1.ª, 2.ª ou 3.ª gerações, indica-se apenas, de forma aproximada, o momento histórico em que ocorreu o reconhecimento jurídico do direito em questão.[15]

As definições da Ciência do Direito possuem sentido próprio, não refletindo, necessariamente, a acepção mais usual do vernáculo, é isso que significa dizer que a palavra geração indica o momento histórico do reconhecimento (ou criação) dos direitos humanos e fundamentais. Nada obstante, é imperioso reconhecer a tendência que vem se consolidando em torno do uso do termo "dimensão", o qual, todavia, não é menos polissêmico que a palavra "geração". Já se pontuou que o vocábulo "dimensão", usualmente, serve para indicar diferentes aspectos ou funções de um mesmo direito[16], de modo que as duas palavras referem-se à mesma ideia, sem que uma apresente maior precisão semântica em relação à outra, razão pela qual as empregaremos como sinônimos.

---

[15] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 19.

[16] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 23.

Feitos esses esclarecimentos em relação à terminologia adotada neste trabalho, podemos prosseguir de forma segura em direção ao tema da definição do que sejam os direitos humanos e os direitos fundamentais. Parte do empreendimento foi cumprido ao tratarmos da terminologia, uma vez que um elemento das definições foi apresentado, qual seja: a condição do direito em questão de pertencer ao âmbito internacional ou estar positivado em um ordenamento jurídico específico. Porém, é preciso avançar.

1.1.2 Definições

Norberto Bobbio, em seu livro *A era dos direitos*, ao apresentar as quatro razões pelas quais considera impossível encontrar o fundamento absoluto dos direitos humanos, argumentou no sentido de que até então inexistiria uma definição precisa e adequada para esses direitos:

> A primeira [das quatro razões] deriva da consideração de que "direitos do homem" é uma expressão muito vaga. Já tentamos alguma vez defini-los? E, se tentamos, qual foi o resultado? A maioria das definições são tautológicas: "Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem". Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: "Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.". Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: "Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.,".[17]

Diante desse argumento, Fábio Konder Comparato apresenta uma perspicaz indagação: "Sem dúvida, a ciência jurídica ainda não logrou encontrar uma definição rigorosa do conceito de direito humano. Mas porventura já se chegou a apresentar uma definição precisa e indisputável do que seja direito?"[18]. Nesse ponto concordamos com o antigo professor da Universidade de São Paulo, a definição dos direitos humanos e fundamentais, bem como do direito, ainda não é pacífica, e possivelmente jamais seja. Isso porque as definições expressam as variedades de concepções do papel que o direito exerce perante os demais elementos da vida social. Em virtude desse quadro, não temos a pretensão de indicar qual definição de direitos humanos e fundamentais seja mais correta,

[17] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17.
[18] COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. In: BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *Direitos humanos:* estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 19.

mas tão somente apresentar algumas definições que nos permitam estabelecer, ainda que aproximadamente, qual é o objeto de nossa atenção. O professor Comparato expõe a sua definição de direitos humanos:

> É que os direitos humanos são direitos próprios de todos os homens, enquanto homens, à diferença dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos em função de particularidades individuais ou sociais do sujeito. Trata-se, em suma, pela sua própria natureza, de direitos universais e não localizados, ou diferenciais.[19]

Por sua vez, José Afonso da Silva, após enfrentar a complicada questão terminológica, ofereceu uma definição do que sejam os direitos fundamentais do homem:

> No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*.[20]

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins igualmente apresentam uma definição dos direitos fundamentais, compreendidos como:

> […] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.[21]

Paulo Bonavides utiliza a expressão direito fundamental, na acepção lata, para definir os direitos destinados a criar e manter as condições mínimas para uma vida em liberdade e com dignidade; e na acepção restrita, para definir os direitos com a mesma finalidade, que estejam positivados pelo direito em vigor.[22]

O professor Pérez Lunõ, define os direitos humanos como o "*conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la*

[19] COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. In: BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *Direitos humanos:* estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 32.
[20] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 178.
[21] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40.
[22] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 560.

dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"[23].

Pode-se concluir que as definições se pautam em características e fundamentos que distinguem os direitos humanos e fundamentais dos demais direitos previstos, seja na esfera internacional, seja no ordenamento jurídico positivado de um determinado Estado. Como se pode observar, esses direitos seriam próprios do ser humano em função tão somente de sua humanidade; direitos sem os quais a pessoa humana não se realiza, não se desenvolve e não sobrevive, devendo ser assegurados a todos igualmente; direitos dotados de caráter normativo superior aos demais direitos e que resultam em uma limitação do poder do Estado em face do cidadão. Com essa aproximação ao objeto de nosso estudo, podemos abordar as características que usualmente são atribuídas aos direitos humanos e fundamentais. Contudo, vale ressaltar que a noção de que esses direitos devem ser assegurados a todos apresenta ainda duas questões, a primeira é que onde os direitos humanos e fundamentais são um elemento de regulação da vida social, assegurar a fruição desses direitos a todas as pessoas é uma tarefa a se cumprir, e, de certo modo, essa é uma das ideias exploradas no desenvolvimento desta dissertação. Além disso, os direitos humanos e fundamentais são construções tipicamente ocidentais, e, atentos a isso, alguns pensadores têm proposto uma releitura da pretensão universalista presente usualmente nas abordagens sobre o tema dos direitos humanos e fundamentais[24].

Dito isso, tratemos das características usualmente atribuídas aos direitos humanos e fundamentais.

1.1.3 Características

As variadas definições de direitos humanos e fundamentais resultam, e não poderia ser de outro modo, em diferentes características atribuídas a esses direitos. Entretanto, é possível mencionar algumas peculiaridades desses direitos que lograram atingir um alto grau de consenso.

Inicialmente, é comum encontrar a indicação de que os direitos humanos e fundamentais seriam imprescritíveis, pois em virtude dos altos objetos tutelados eles sempre podem ser exigidos, ou seja, a qualquer tempo o interessado pode solicitar a

[23] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos humanos:* significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979. p. 43.
[24] Nesse sentido e por todos: SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Revista crítica de ciências sociais*, n. 48, p. 11-32, jun. 1997.

prestação jurisdicional correspondente para ver defendido o seu direito. Outrossim, tais direitos também seriam inalienáveis na medida em que não podem ser objeto de negociação. Igualmente, seriam irrenunciáveis uma vez que não se reconhece a validade de qualquer manifestação de vontade por parte de seus titulares no sentido de se afastarem da esfera de proteção oferecida por esses direitos[25].

Já houve tempo em que se afirmava, sem contestações, o caráter absoluto dos direitos humanos e fundamentais, entendimento fruto da tradição filosófica jusnaturalista. Todavia, com o desenvolvimento econômico e social e com a crescente complexidade das relações humanas, resultando na criação de novos direitos, veio a lume o caráter histórico[26] e relativo dos direitos humanos e fundamentais. Históricos porque novos direitos foram, e ainda serão, criados com o passar do tempo; e relativos na medida em que a interpretação do conteúdo essencial de um direito se modifica com o desenvolvimento da ciência jurídica, como aconteceu com o direito de propriedade, que surgiu no contexto liberal individualista como sagrado e inviolável, e hoje é balizado, ao menos em tese, pela função social da propriedade. Esse traço histórico está presente no posicionamento adotado por Bobbio:

> [...] os direitos constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco de direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.[27]

É pertinente elucidar que o caráter absoluto dos direitos humanos e fundamentais foi relativizado também com o desenvolvimento da noção de conflito entre esses direitos. Quando os direitos de primeira dimensão surgiram, eles eram os tidos como intangíveis, sagrados, conferidos por Deus, ou decorrentes da natureza humana e reconhecidos pela razão, e, por serem informados pela ideologia burguesa, não se cogitava sua relativização. Observe-se que mesmo entre os direitos de primeira geração as

---

[25] Alexandre de Moraes relaciona ainda outras cinco características: inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade, cf. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais:* teoria geral, comentários aos arts. 1.° ao 5.° da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.

[26] "São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles aparecem com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas". SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 181.

[27] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18.

possibilidades de conflito se faziam presentes, basta considerarmos a situação das pessoas que não tinham direito de voto em função de sua condição social, lembrando que consoante as declarações de direitos, todas as pessoas nasceriam livres e iguais. Nesse caso, o direito à igualdade de tratamento perante a lei é contrastado pela restrição legal do direito de voto, o que no contexto da teoria do contrato social implica em uma contradição aberrante pois, segundo essa noção, as pessoas que compõem o pacto social o fizeram na condição de igualmente estabelecerem as normas que regem o conjunto social. Fato é que o voto universal foi conquistado após intensa luta política que durou quase dois séculos. De qualquer forma, somente com os direitos de segunda e terceira geração se consolida a percepção da relatividade dos direitos humanos e fundamentais.

1.1.4 Fundamentos

Conforme dissemos anteriormente, Norberto Bobbio considera despropositada a busca por um fundamento absoluto dos direitos humanos e fundamentais. Além do argumento da ausência de definição escorreita do que sejam esses direitos, o jurista italiano também afirma que os direitos humanos e fundamentais compreendem um rol de direitos muito diferentes entre si, de modo que não é possível encontrar um fundamento que tenha validade para todos eles. Em outras palavras, os direitos de primeira dimensão têm fulcro na ideologia liberal, atentos aos interesses da classe burguesa e caracterizados por forte traço individualista. Sendo assim, o fundamento para esses direitos não poderia ser o mesmo que para os direitos de segunda geração, decorrentes das duras críticas formuladas contra o modo capitalista de produção, inspirados pela preocupação de garantir minimamente condições adequadas de vida à classe trabalhadora. Os primeiros objetivam assegurar a liberdade do cidadão perante o Estado, em especial na economia, enquanto os segundos têm por objetivo a participação do Estado para a oferta de serviços à população.

A intenção do autor fica evidente quando ele questiona a utilidade prática da busca por um fundamento absoluto, e conclui que a existência ou não de um fundamento único e irresistível, além de não acrescentar nenhum elemento relevante para a efetivação de direitos, atrapalhou o surgimento de outros direitos, como no caso dos direitos sociais que colocam freios à livre iniciativa e atribuem uma função social à propriedade privada.

Da perspectiva filosófica, para Bobbio, a perquirição por um fundamento último é decorrente das ilusões do jusnaturalismo:

> Essa ilusão foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis.[28]

A investigação desse fundamento absoluto é explicada por uma segunda ilusão, a crença jusnaturalista de que bastaria que a Razão indicasse os valores subjacentes a esses direitos para que, tão somente por isso, eles se tornassem vigentes e plenamente eficazes. No fundo dessa pretensão racionalista está a necessidade da burguesia, que ainda não havia atingido a condição de classe detentora do poder político, de estabelecer, ao menos no campo filosófico, a plenitude de suas aspirações.

> Entra aqui em discussão o segundo dogma do racionalismo ético, que é, de resto, a segunda ilusão do jusnaturalismo: o de que valores últimos não só podem ser demonstrados como teoremas, mas de que basta demonstrá-los (ou seja, torná-los em certo sentido inquestionáveis e irresistíveis) para que seja assegurada sua realização. Ao lado do dogma da demonstrabilidade dos valores últimos, cuja ausência de fundamento tentamos demonstrar nos itens anteriores, o racionalismo ético – em sua forma mais radical e antiga – sustenta também que a racionalidade demonstrada de um valor é condição não só necessária, mas também suficiente, de sua realização. O primeiro dogma assegura a *potência* da razão; o segundo assegura o seu *primado.*[29]

O projeto traçado por Bobbio é o abandono por parte dos juristas e dos filósofos da procura pelo fundamento irrefutável e o reconhecimento da existência de vários fundamentos possíveis, pois o que importa é redobrar esforços para a proteção dos direitos humanos e fundamentais[30].

Concordamos em parte com essa proposta, uma vez que compartilhamos o entendimento de que as argumentações mais sólidas, originais e lúcidas, não foram suficientes para impedir, no plano da realidade, o descumprimento dos direitos humanos e fundamentais. Apesar da capacidade retórica que oferecem as brilhantes fundamentações, o desrespeito a esses direitos data do dia em que os primeiros foram declarados. A abjeta escravidão dos povos africanos perdurou no mundo e foi legitimada pelo direito, mesmo após as contribuições filosóficas da Modernidade. Igualmente, o descalabro da primeira e segunda guerra mundial ocorreu mesmo após as propostas filosóficas de construção de um

[28] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 16.
[29] Ibidem, p. 22-23.
[30] "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.". Ibidem, p. 24.

mundo cosmopolita por I. Kant[31]. No âmago da reflexão do jurista italiano está o diagnóstico de que uma das principais características da Modernidade, a aposta sem limites na capacidade de reorganizar o mundo tão somente com a Razão, ainda não se cumpriu integralmente[32].

Porém, quando se afirma a necessidade de proteger esses direitos, adota-se uma perspectiva incompleta, porque é grande o continente de pessoas às quais se confere formalmente a condição de titulares de direitos humanos e fundamentais que, em realidade, estão distantes de poderem fazer valer essa condição. Em outros termos, as diferenças de gênero, raça, classe, origem são perspectivas por intermédio das quais se observa cristalinamente o fosso entre a ideia de que os direitos humanos e fundamentais devem ser assegurados a todos e a realidade. Ao pensarmos no direito à vida e à segurança, é preciso ter em mente a violência à qual estão submetidas as mulheres agredidas por seus companheiros ou violentadas mundo afora, da mesma forma é necessário observar a violência à qual são submetidos os negros nas periferias pelas mãos da autoridade policial. Assim, se é preciso proteger os direitos humanos e fundamentais, também é necessário cuidar para que eles se efetivem na vida dos sujeitos concretos, com suas especificidades.

Além disso, a questão do fundamento absoluto dos direitos humanos e fundamentais está posta atualmente sem que seja feito o questionamento de um ponto de partida presente em costumeiras reflexões de nosso tempo. Com facilidade se reconhece a crença acrítica dos iluministas no primado da Razão, no contexto de libertação do

---

[31] KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução Artur Morão. Lisboa: 70, 2004.

[32] "Sem enveredar por um debate filosófico feito de sutilezas e complexidades, a verdade é que a crença iluminista no poder quase absoluto da razão tem sido intensamente revisitada e terá sofrido pelo menos dois grandes abalos. O primeiro, ainda no século XIX, provocado por Marx, e o segundo, já no século XX, causado por Freud. Marx, no desenvolvimento do conceito essencial à sua teoria – o *materialismo histórico* – assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição social do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história econômica. Vale dizer: a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira da *ideologia*, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade.

O segundo abalo veio com Freud. Em passagem clássica, ele identifica três momentos nos quais o homem teria sofrido duros golpes na percepção de si mesmo e do mundo à sua volta, todos desferidos pela mão da ciência. Inicialmente com Copérnico e a revelação de que a Terra não era o centro do universo, mas um minúsculo fragmento de um sistema cósmico de vastidão inimaginável. O segundo com Darwin, que através da pesquisa biológica destruiu o suposto lugar privilegiado que o homem ocuparia no âmbito da criação e provou sua incontestável natureza animal. O último desses golpes – que é o que aqui se deseja enfatizar – veio com o próprio Freud: a descoberta de que o homem não é senhor absoluto sequer da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o *inconsciente*.". BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, v. I, n. 6, p. 5, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2011.

pensamento das travas religiosas daquele tempo. Naquela época, as explicações sobre o homem, o mundo, o sentido da vida não poderiam se afastar dos dogmas religiosos, sob o risco de se acenderem mais fogueiras. Na reação a essa conjuntura, desenvolveu-se o sentimento antirreligioso, que sem demora possibilitou o surgimento do positivismo, que se constituiu em novo dogma científico, filosófico e religioso[33]. Antes, as reflexões não ultrapassam os limites estabelecidos pelas igrejas, hoje, por outro lado, não se pondera sobre as possíveis limitações da reflexão balizada pelo apreço ao mundo que podemos ver e tocar[34]. O que estamos a dizer é que a existência de um fundamento absoluto ou não dos direitos humanos e fundamentais deve estar inserida em uma reflexão que abranja aspectos filosóficos mais amplos, envolvendo a compreensão que se tenha da vida e dos destinos (se existirem) humanos.

Com isso concluímos a apresentação das ideias que consideremos basilares quando se pretende abordar o tema dos direitos humanos e fundamentais, buscando adotar uma terminologia precisa e elucidando as peculiaridades desses direitos. Assim, podemos avançar em direção ao cerne da nossa exposição neste capítulo, que é a apreciação dos direitos humanos e fundamentais sob o prisma da questão racial. Em busca dessa meta, cumpre-nos tratar das transformações que impactaram a noção de igualdade ao longo da Modernidade, período em que esse valor foi elevado à posição de destaque entre os demais direitos.

1.2 Modernidade e igualdade

[33] "Este termo foi empregado pela primeira vez por Saint-Simon, para designar o método exato das ciências e sua extensão para a filosofia *(De la religion Saint-Simonienne*, 1830, p. 3). Foi adotado por Augusto Comte para a sua filosofia e, graças a ele, passou a designar uma grande corrente filosófica que, na segunda metade do séc. XIX, teve numerosíssimas e variadas manifestações em todos os países do mundo ocidental. A característica do P. é a romantização da ciência, sua devoção como único guia da vida individual e social do homem, único conhecimento, única moral, única religião possível.". ABBAGNANO, Nicolas. *Dicionário de filosofia.* Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 776.

[34] Um dos paradigmas científicos presente na reflexão jurídico-filosófica dos dias atuais é a noção de que a consciência surge e se encerra no corpo, e não questionamos mais essa "verdade". Porém, o pensamento científico está em descompasso com o senso comum, no qual a ideia de religiosidade é presente. Acrescente-se que Augusto Comte chegou a valorizar essa dissociação, bem como estabeleceu uma questionável ordem de progresso na forma de se compreender a realidade, do pensamento teológico ou pensamento científico. Contudo, e se o vulgo estiver correto? Haveria um criador? A consciência humana persistiria à morte do corpo? Para onde vai? Volta? Em caso positivo, seria possível supor na nossa condição de igualdade, com amparo em algo além das nossas semelhanças genéticas ou na capacidade de raciocinar? Haveria uma razão a fundamentar o respeito entre as pessoas, e consequentemente o respeito a condições a serem asseguradas para todas as pessoas? Caso a resposta seja afirmativa, existe um fundamento absoluto para os direitos humanos.

Nota-se que existe consenso em se indicar que é na Modernidade[35] que se consolida o núcleo central da ideia de Direitos Humanos[36]. Por certo podem ser encontrados prelúdios desses direitos, por exemplo, na Magna Carta, de 1215, no *Habeas Corpus Act*, de 1679, e no *Bill of Rights*, de 1689. Entretanto, somente a partir das revoluções do final do século XVIII, nas trezes colônias britânicas na América e na França, é que se assentou a noção da existência de direitos, que por algum determinado motivo ocupam uma condição especial no arranjo social. É importante observar que as revoluções são o momento culminante da luta de ascensão burguesa ao poder político e, nessa trajetória, papel relevante assumiu a filosofia jusnaturalista:

> O termo "Jusnaturalismo" identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.[37]

No início, a justificativa do direito natural estava amparada nos argumentos de cunho religioso, balizados pelos parâmetros teológicos da época[38], segundo os quais o ser humano ocupava posição proeminente na criação divina. Porém, o monopólio da revelação foi quebrado com a reforma protestante[39], abrindo espaço para uma filosofia mais

[35] Ainda que seja usual delimitar a modernidade como o período da história ocidental que se inicia em 1453, com a tomada de Constantinopla, e se finda em 1789, com a Revolução Francesa, essa delimitação não está isenta de questionamentos: "O que é modernidade, um projeto filosófico ou uma mudança socioeconômica? Quando se iniciou a 'modernidade'? Há consenso em determinar quando a 'modernidade' teve início?" BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 23.

[36] Noberto Bobbio, ao dizer de suas convicções sobre o tema, assim se manifesta no tocante aos direitos humanos: "nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade". BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 2.

[37] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 257.

[38] "O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII.". Ibidem, p. 258.

[39] "De suma importância para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, que levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, como foi o caso do *Édito de Nantes*, promulgado por Henrique IV da França, em 1598, e depois revogado por Luís XIV, em 1685.". SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 50.

independente, possibilitando (ou impondo) o deslocamento da fundamentação do direito natural para a natureza e a razão[40].

A noção de que pessoas são titulares de direitos naturais é pedra angular na construção da teoria do contrato social desenvolvida notadamente entre os séculos XVI e XVIII. Trata-se, na realidade, de uma condição lógica, na medida em que somente é possível conceber um pacto firmado entre partes com poderes para tanto. Assim, se o contrato em questão é o acordo que fundou a sociedade civil, logicamente as partes que o fizeram já tinham o poder de fazê-lo. Esse poder decorreria de direitos inerentes, por isso o homem seria sujeito de direitos antes mesmo da criação do órgão legiferante, ou seja, seria titular de direitos anteriores à sociedade. Em outras palavras, direitos que não precisariam estar positivados para serem reconhecidos.

Faz-se necessário destacar que a elaboração da teoria do contrato social foi um processo no qual estiveram presentes profundas divergências entre os pensadores, diversamente do que pode parecer à primeira vista.

Nas primícias dessa doutrina, Thomas Hobbes publica, em 1651, *Leviatã*, livro fundamental na construção do edifício do contrato social e do Estado Absolutista. Nessa obra, o filósofo inglês argumenta que o pacto social é o resultado dos conflitos decorrentes da igualdade entre os homens:

> A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito, que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que um deles possa com base nela reclamar algum benefício a que outro não possa igualmente aspirar […] Desta igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos os nossos fins. Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para o seu fim (que é principalmente a sua própria conservação, e às vezes apenas o seu deleite) esforçam-se se por se destruir ou subjugar um ao outro.[41]

Nessa situação, conforme Hobbes, seria uma atitude prudente e racional do ser humano se antecipar para eliminar o outro, tido inexoravelmente como inimigo, visto que

[40] "Deve-se a Grócio a laicização do direito natural. O jurista holandês entende decorrerem da natureza humana determinados direitos. Estes, portanto, não são criados, muito menos outorgados pelo legislador. Tais direitos são identificados pela 'reta razão' que a eles chega, avaliando a 'conveniência ou a inconveniência' dos mesmo em face da natureza razoável e sociável do ser humano.". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10 e11.

[41] HOBBES, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Organizado por Richard Tuck. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 106-107. (Clássicos Cambridge de filosofia política).

os homens disputam, em regra, bens que são necessários para sua conservação e, em tese, esses bens são insuficientes para todos, resultando disso uma enorme insegurança, instalando-se assim a guerra generalizada de todos contra todos[42]. A assertiva de que é uma atitude deliberada eliminar ou subjugar o próximo choca-se com a tradição aristotélica do homem enquanto animal político e reflete uma visão pessimista da natureza humana. Dessa forma, com o escopo de pôr fim a esse estágio de violência e terror, no qual o homem utiliza seu direito natural de fazer tudo o que estiver ao seu alcance para proteger a sua vida, recorre-se novamente à razão, em um estágio maior de lucidez, por intermédio da qual então se atinge a conclusão de que é necessário rever a situação em que cada qual faz o que lhe aprouver, firmando-se então o pacto de confiança entre os homens, estabelecendo assim a sociedade civil.

Na teoria hobbesiana do contrato social, o soberano surge a partir do acordo de vontades. Essa posição é fundamental para garantir a coerência da teoria, pois o contrato social envolveria a cessão do direito de fazer o que bem aprouver, logo ao exsurgir do acordo entre os cidadãos, o soberano não participa das declarações de abstenção do uso da liberdade irrestrita. Como resultado, o rei possuiria poder absoluto.

Apesar disso, como o pacto é firmado tendo por finalidade precípua a proteção da vida do indivíduo que abriu mão da possibilidade de fazer o que seu arbítrio determinasse, surgem assim situações nas quais o súdito, sofrendo ameaça contra sua vida por parte do poder estatal, poderia se recusar legitimamente a obedecer ao soberano, o que configuraria a sua única liberdade:

> Passando agora concretamente à verdadeira liberdade dos súditos, ou seja, quais são as coisas que, embora ordenadas pelo soberano, não obstante eles podem sem injustiça recusar-se a fazer, é preciso examinar que direitos transferimos no momento de criarmos uma república. Ou então, o que é a mesma coisa, que liberdade a nós mesmos negamos, ao reconhecer todas as ações (sem exceção) do homem ou assembléia a quem fazemos nosso soberano. Porque do nosso ato de submissão fazem parte tanto a nossa obrigação como a nossa liberdade, as quais portanto devem ser inferidas por argumentos daí tirados, pois ninguém tem nenhuma obrigação que não derive de algum dos seus próprios atos, visto que

[42] "E dado que a condição do homem [...] é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado pelo sua própria razão, e nada havendo de que possa lançar mão que não lhe ajuda na preservação da sua vida contra seus inimigos, segue-se que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, até mesmo aos corpos uns dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito natural de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver. Conseqüentemente, é preceito ou regral geral da razão: *Que todo homem deve se esforçar pela paz, na medida em que tenha esperança de a conseguir, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra*.". HOBBES, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.* Organizado por Richard Tuck. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 112-113. (Clássicos Cambridge de filosofia política).

> todos os homens são, por natureza, igualmente livres. E como tais argumentos terão que ser tirados ou das palavras expressas eu autorizo todas as suas ações, ou da intenção daquele que se submete ao seu poder (intenção que deve ser entendida como o fim devido ao qual assim se submeteu), a obrigação e a liberdade do súdito deve ser derivada, ou daquelas palavras (ou outras equivalentes), ou do fim da instituição da soberania, a saber: a paz dos súditos entre si, e a sua defesa contra um inimigo comum.[43]

Com base nessa argumentação é que Hobbes afirmou ser legítimo ao súdito lutar contra o soberano caso este, legitimamente ou não, comprometesse a sobrevivência daquele. É preciso esclarecer que a resistência em Hobbes não se confunde com revolta política, no sentido de um movimento organizado contra o poder instituído. Consoante a sua teoria, a resistência seria individual, pois com o perigo de vida, infligido por parte do Estado, rompida estaria a razão que motivou o ingresso na sociedade; já a revolta, construída com base na solidariedade entre os indivíduos com vistas a promover mudanças políticas, seria contraditória com a manifestação de vontade que instituiu o contrato social e atribuiu ao soberano o poder absoluto.

Importante ressaltar que os princípios da igualdade e da liberdade são entendidos por Hobbes de forma diferente da qual posteriormente serão consagrados entre os filósofos iluministas. A igualdade entre os homens é meramente um fato e se encontra nos atributos físicos ou nas características de personalidade, o que, aliás, seria a razão da guerra generalizada pela posse das coisas. Assim, a igualdade não era concebida com um direito a ser assegurado para todos. O mesmo se daria em relação à liberdade, entendida como ausência de impedimentos externos e que se aplicaria ao Estado e não aos súditos.

Isso explica o motivo pelo qual mesmo tendo contribuído de maneira decisiva para a elaboração da teoria do contrato social, a construção de Hobbes não tenha sido recebida com a mesma efusividade com que o foi a obra de John Locke entre os líderes da classe burguesa. Em Hobbes, a visão pessimista do ser humano faz com que se sobressaia a necessidade do Estado Absoluto[44], único que pode eliminar a insegurança da vida no estado natural, e como consequência a revolta seria sempre ilegítima, ademais, como visto, a igualdade e a liberdade não tiveram tratamento conforme à aspiração burguesa.

O projeto burguês visava à subordinação do Estado aos seus interesses de classe, com a limitação do poder absoluto, garantindo a plena liberdade na esfera econômica para o desenvolvimento do capitalismo nascente. Trata-se de varrer os vestígios

[43] Ibidem, p. 185.
[44] BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade:* por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 129.

da decadente sociedade feudal, com seus entraves oriundos da tradição, atrapalhando a acumulação de capital e afastando do poder normativo a classe detentora do poder econômico. Nesse cenário, o *Segundo tratado sobre o governo*, publicado em 1690, foi muito mais festejado, por se adequar perfeitamente ao anseio da nova classe social.

Em primeiro lugar, destaca-se que o estado natural é teorizado de forma substancialmente diferente daquela elaborada por Thomas Hobbes. Para John Locke, os homens teriam uma vida relativamente tranquila, bem como, em alguma medida, o respeito à posse de seus bens:

> […] o qual é um estado de *perfeita liberdade* para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem.
> Um estado também de *igualdade*, em que é recíproco todo o poder e jurisdição, não tendo ninguém mais que outro qualquer […]
> O *estado de natureza* tem para governá-lo uma lei da natureza, que a todos obriga; e a razão, em que essa lei consiste, ensina a todos aqueles que a consultem que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses.[45]

Contudo, a falta de um árbitro, de leis e de força pública impediria que os inconvenientes decorrentes das disputas entre os homens fossem solucionados de maneira legítima[46]. Assim, seria com a finalidade de ampliar a segurança quanto ao gozo de seus direitos que os cidadãos firmariam o pacto social, e não pela necessidade de sobrevivência em um ambiente de absoluta insegurança.

Nesse contexto, afastada a antropologia pessimista, a necessidade do Estado é colocada em outros termos. Se antes o contrato social instituía um Estado com poder absoluto para pôr fim ao conflito deflagrado entre os homens no estado natural, agora o contrato social implementaria um Estado com a finalidade de resguardar da melhor maneira possível a fruição daquilo que o homem já tinha antes de viver em sociedade, a saber: a vida, a liberdade e a propriedade. Em Locke não se abriria mão dos direitos naturais para sobreviver, porquanto a dependência do Estado é menor.

---

[45] LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo.* Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 382 e 384. (Clássicos).

[46] "O estado de natureza, relativamente pacífico, não está isento de inconvenientes, como a violação da propriedade (vida, liberdade e bens) que, na falta de lei estabelecida, de juiz imparcial e de força coercitiva para impor a execução das sentenças, coloca os indivíduos singulares em estado de guerra uns contra os outros.
É a necessidade de superar esses inconvenientes que, segundo Locke, leva os homens a se unirem e estabelecerem livremente entre si o *contrato social*.". MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco. *Os clássicos da política.* 14. ed. São Paulo: Ática, 2010. v. 1, p. 86.

Por conseguinte, na concepção lockiana, se o governante reiteradamente desrespeitasse os direitos naturais, os cidadãos poderiam, legitimamente, oporem-se ao poder estabelecido, por este estar descumprindo a função pela qual foi criado. Esse argumento legitimou a Revolução Gloriosa, bem como serviu de inspiração para a Independência Americana e a Revolução Francesa.

Na construção dos direitos humanos, Locke contribuiu para a definição dos direitos de primeira geração, sacralizando, além do direito à vida (mais fortemente tutelado em Hobbes), também o direito à liberdade, à propriedade e à resistência contra a opressão[47]. No cerne dessa argumentação está a ideia de que há assuntos em relação aos quais o soberano não poderia intervir. Por isso, a teoria lockiana atendeu satisfatoriamente aos interesses da classe burguesa[48] em luta contra a nobreza e o monarca. Enquanto em Hobbes a resistência ao soberano era individual, em Locke todo o grupo social poderia medir forças contra o monarca para a defesa dos direitos naturais. Além disso, sendo esses direitos anteriores ao Estado, e tendo em vista a impossibilidade do monarca em interferir no gozo dos direitos já presentes no estado natural, a consequência é que esses direitos seriam invioláveis. Ou seja, absoluto não é mais o poder do Estado, e sim o gozo dos direitos naturais. Vale lembrar que Locke incluiu dentre esses direitos a propriedade dos bens, a qual restaria intangível ao arbítrio do poder, aspiração primeira da burguesia em ascensão. Nesse ponto, a diferença com relação a Hobbes é relevante, visto que para o autor de *Leviatã*, nem mesmo a propriedade poderia fazer frente ao Estado Absoluto, ao qual tudo era permitido.

É interessante notar que a precariedade do direito à propriedade retornou em outro pensador iluminista, celebrado como o patrono das revoluções do século XVIII, Jean-Jacques Rousseau, que também enfrentou os temas do pacto social e dos direitos naturais. Na obra *O contrato social*, de 1762, o autor se colocou o desafio de encontrar as cláusulas que tornariam o pacto social legítimo, em virtude do diagnóstico de que se o homem nascia naturalmente livre, em verdade ele se encontrava aprisionado por toda parte.

---

[47] "O *fim maior* e principal para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeterem-se a um governo é, portanto, a *conservação de sua propriedade.* Para tal fim, o estado de natureza carece de uma série de fatores". LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 495. (Clássicos).

[48] "Em uma teoria individualista que pensa num Estado que dê a seus membros a maior liberdade possível, o contrato pode ser estabelecido nas mais diversas bases e os cidadãos são livres para julgar quais de seus direitos concederão, isto é, um posicionamento que responde de modo absolutamente satisfatório às necessidades da burguesia em ascensão". PUGLIESI, Márcio e LIMA, Norberto de Paula. Introdução. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social e Discurso sobre a Economia Política*. Tradução Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus. p. 11.

Este encarceramento é apresentado no *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, de 1754[49], texto no qual a fundação da sociedade civil decorre da instituição da propriedade privada, assegurada por intermédio de um discurso que foi capaz de ludibriar os despossuídos.[50] Assim, o direito de propriedade serviria para preservar as desigualdades entre os seres humanos, clivando o afortunado dos demais, *erga omnes*; em vez de direito sagrado, injustiça perpetuada.

Diante desse quadro, considerou o genebrino que somente seria possível construir um pacto social legítimo se as cláusulas fossem tais que resultassem na absoluta igualdade política entre os pactuantes. Por conseguinte, eles deveriam se obrigar integralmente, abrindo mão de todos os direitos de que desfrutavam no estado natural, incluindo o direito à propriedade privada, de sorte que assim todos estariam na mesma condição de igualdade e por consequência ninguém consideraria estabelecer leis injustas, pois também seria prejudicado:

> Todas essas cláusulas, bem entendido, se reduzem a uma única, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda da comunidade; porque, primeiramente, cada qual se entregando por completo e sendo a condição igual para todos, a ninguém interessa torná-la onerosa para os outros.[51]

[49] "Ainda que esses textos possam parecer contraditórios (muitos intérpretes já se referiram ao suposto 'pessimismo antissocial' do primeiro, em contraste com o 'otimismo ingênuo' do segundo), penso per possível demonstrar que uma análise adequada dos conceitos essenciais do *Contrato* implica uma compreensão prévia da problemática desenvolvida no *Discurso*. Nesse caso, a precedência cronológica coincide com a precedência lógica ou sistemática: a segunda obra aparece como a *pars construens* da teoria política de Rousseau, enquanto a primeira é a sua *pars destruens*. É através da articulação entre esses dois momentos (ou 'partes') que se forma a totalidade orgânica e unitária da reflexão política rousseauniana: em minha avaliação, o *Contrato* deve ser lido como a proposta – no nível normativo do *dever ser* – de uma formação social e política alternativa àquela que aparece no *Discurso* como fruto de uma análise que se situa no nível do *ser*. É porque discorda profundamente do ser da desigualdade e da opressão, por ele identificado com a *société civile* de seu tempo, que Rousseau propõe o *dever ser* de uma formação social na qual a liberdade e igualdade se articulem indissociavelmente: a crítica do presente se completa assim com a proposição de uma utopia alternativa". COUTINHO, Carlos Nelson. *De Rousseau a Gramsci:* ensaios de teoria política. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 16.

[50] "Sob este ponto de vista, após haver exposto a seus vizinhos o horror de uma situação que os armava uns contra os outros, que lhes tornava a posse dos bens tão onerosa quanto suas necessidades e em que ninguém achava segurança nem na pobreza e na riqueza, inventou facilmente razões especiosas para os conduzir ao seu objetivo. 'Unamo-nos, disse-lhes o rico, para garantir os fracos da opressão, para conter os ambiciosos e assegurar a cada qual a posse do que lhe pertence; instituamos regras de justiça e de paz às quais todos sejam obrigados a conformar-se, que não excetuem ninguém e reparem de algum modo os caprichos da fortuna, submetendo igualmente o poderoso e o fraco a deveres mútuos[…]'. Bastou muito menos que o equivalente deste discurso para seduzir homens grosseiros, fáceis de convencer, e que, de resto, tinham excesso de problemas a resolver entre si, para dispensarem árbitros, e excesso de avareza e de ambição para se eximirem de senhores". ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Tradução Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1964. p. 189.

[51] Ibidem, p. 30.

Em Thomas Hobbes, o contrato social seria a garantia contra o inimigo, externo e interno, e, em John Locke, o acordo serviria para defender a vida, a liberdade e a propriedade. Ou seja, esses autores direcionaram sua atenção para justificar a criação do pacto social. Por sua vez, Jean-Jacques Rousseau teve outra preocupação. Para ele, o contrato social já estava consumado, a questão pendente era encontrar meios para torná-lo justo, e o caminho para isso foi erguer a igualdade política como a cláusula mais importante do acordo social. Essa concepção será o fundamento da noção de igualdade perante a lei, presente nas declarações de direito.

De mais a mais, no contrato rousseauniano a associação entre as pessoas gera um corpo moral unitário chamado República. O soberano é o nome que se atribuí a esse ente coletivo quando observado da perspectiva ativa, e Estado quando apreciado do ponto de vista passivo. Em outras palavras, o soberano seria a reunião do povo e não mais aquele ente que paira sobre o povo, como em Hobbes. Daí a preocupação de Rousseau em estabelecer a noção de governo, o que não se confunde com o soberano, bem como em assentar as precauções necessárias para se evitar que o governo usurpe a posição central do povo.

Conforme dissemos, os revolucionários do final do século XVIII tomaram Rousseau como inspirador dos movimentos, o que se fez em função das ideias de igualdade política defendidas em suas obras. Porém, tanto na luta por independência das treze colônias britânicas na América do Norte, como na França, que punha fim aos três estados, prevaleceu a concepção de John Locke no que diz respeito aos direitos naturais. Não havia espaço para questionamentos à propriedade nos projetos da burguesia norte-americana e francesa. Tratava-se justamente de desembaraçar os obstáculos ao pleno exercício das atividades capitalistas, com a garantia da liberdade para a exploração da atividade econômica, com o fim das intervenções arbitrárias, seja por parte da metrópole, no caso norte-americano, ou por parte do monarca, na França. A burguesia foi alçada à condição de classe dominante, com o poder de determinar os limites nos quais a política poderia ser exercida[52].

[52] "Enquanto o direito da circulação mercantil foi a conquista da igualdade, e portanto o esboço primeiro da universalidade, quebrando o *status* e o privilégio antigo por meio da política, o direito da produção capitalista é a chancela da igualdade, sob a rubrica da propriedade privada. Não só o logro do mercado é o ganho possibilitado pelo direito, mas consegue se legitimar a própria exploração da mais-valia. A instância estatal, a partir daí, não é mais a política para concessões a favor da burguesia. É a própria esfera burguesa de legitimação do espaço possível para a ação política. Esta só se exerce dentro dos limites possíveis à burguesia, dentro das normas já positivadas e consideradas fundamentais ao Estado e ao direito. Os direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão positivados pelo Estado contemporâneo – a liberdade contratual, a igualdade formal, a propriedade privada e a segurança das relações jurídicas – são os limites

Nas duas revoluções foram elaborados documentos de caráter solene, em que se declararam direitos que seriam um patrimônio comum do ser humano, dentre os quais se insere a igualdade perante a lei. Todavia, passariam muitas décadas para que essa igualdade formal, reconhecida nesse importante momento histórico, fosse estendida a todo o grupo social. Em verdade, os direitos humanos de primeira geração surgem como o direito dos abastados a manterem seus privilégios. A despeito do fato de ter havido divergências dentro dos movimentos revolucionários e existirem pessoas dispostas a levar a sério o discurso de que todos nasceriam livres e iguais, fato é que a escravidão conviveu por longo período com os regimes liberais. É disso que tratamos no tópico seguinte.

1.3 A primeira geração de direitos e o negro

Conforme vimos anteriormente, com a vitória dos movimentos revolucionários o final do século XVIII foi marcado pela elaboração de dois documentos de grande importância, reveladores da consolidação dos ideários de uma nova ordem social, a saber: a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A finalidade dos dois textos foi sacramentar a descoberta de verdades alcançadas por intermédio da razão, que com sua luz desvendou ao ser humano a noção de que todo homem nasceria livre e igual. A Declaração de Virgínia revelou em seu artigo primeiro:

> Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.[53]

De sua parte, a Declaração Francesa de 1789 expôs em seu primeiro artigo:

> Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.[54]

---

dentro dos quais a política é possível. A partir daí, o Estado é o garante da reprodução econômica.". MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 32.

[53] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 118.

[54] Ibidem, p. 158.

É cediço que as duas declarações antecederam a promulgação das constituições em seus respectivos países. A Declaração de Virgínia é anterior em alguns dias à Declaração de Independência das treze colônias britânicas no continente americano e também antecedeu aos Artigos da Confederação, de 1781, e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787. Por sua vez, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão precedeu a primeira Constituição Francesa, promulgada em 1791. Consequentemente, as instituições republicanas, frutos dos movimentos revolucionários, são formatadas a partir dos valores insculpidos nas declarações[55].

O modelo adotado pela declaração de direitos norte-americana é fortemente influenciado pelo estilo dos documentos elaborados em solo inglês, caracterizados por assegurarem direitos a grupos sociais específicos, como a Magna Carta, de 1215, e o *Bill of Rights*, de 1689. Em contrapartida, identifica-se na declaração francesa uma retórica de caráter universalista, uma vez que é direcionada ao gênero humano e não somente a uma camada social ou a uma sociedade específica[56].

Nesse sentido, José Afonso da Silva ao indicar três peculiaridades da Declaração de 1789, apontou o "mundialismo", correspondendo exatamente ao traço universalista destacado:

> […] a) *intelectualismo*, porque a afirmação de direitos imprescritíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, baseado no consentimento popular, foi uma operação de ordem puramente intelectual que se desenrolaria no plano

[55] "Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvando certo conteúdo social característicos do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho 'negativo', uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, 'direitos de resistência ou de oposição perante o Estado". SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 55 e 56.

[56] "A vinculação essencial do direito fundamental à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos nos conduzirá sem óbice ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração do Direito do Homem de 1789.
A percepção teórica identificou aquele traço na Declaração francesa durante a célebre polêmica de Boutmy com Jellinek ao começo do século XX. Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo e pelas condições da época foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feita acerca da liberdade". BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 562.

> unicamente das idéias; é que, para os homens de 1789, a Declaração dos direitos era antes de tudo um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal; b) *mundialismo,* no sentido de que os princípios enunciados no texto da Declaração pretendem um valor geral que ultrapassa os indivíduos do país, para alcançar *valor universal;* c) *individualismo,* porque só consagra as liberdades dos *indivíduos,* não menciona a liberdade de associação nem a liberdade de reunião; preocupa-se com defender o indivíduo contra o Estado.[57]

É certo que muitas outras diferenças entre as duas declarações de direito já foram apontadas, como a atribuição do poder ao povo ou à nação, ou como a presença da ideia da vontade geral no texto francês, mas o que nos interessa é o que esses documentos, bem como toda a primeira geração de direitos, têm em comum no que diz respeito à distância entre a retórica presente nos textos e as restrições à liberdade e a igualdade que persistiram intocadas por muito tempo sob o manto do pensamento liberal.

Em realidade, a primeira dimensão de direitos alçou à condição de iguais e livres uma parcela específica do conjunto social, constituída de homens, brancos e proprietários[58]. As mulheres, os negros e os desafortunados das riquezas materiais somente muitas décadas mais tarde passariam a ter o *status* de livres e iguais. Ademais, e para além do mero reconhecimento dessa qualidade do sujeito de direito, a condição real de liberdade e igualdade ainda está na pauta do dia para se cumprir integralmente.

Vale ressaltar que a exclusão social dos grupos mencionados não se fez por falta de ponderação, reflexão e denúncia da ilusão presente na propaganda do movimento burguês, já que espíritos esclarecidos iluminavam seus contemporâneos com o entendimento de que livres e iguais deveriam ser todos os seres humanos.

Não por outra razão, poucos anos após a Declaração Francesa, surgiu a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, em 1791, cujo primeiro artigo apresenta toda a essência do anseio daquele grupo de mulheres que lutavam por igualdade: "a mulher nasce livre e tem os mesmos direitos do homem. As distinções sociais só podem ser

---

[57] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 157 e 158.

[58] "Primeiro: os direitos humanos dos liberais tinham a assumida inspiração no muito diverso caudal filosófico do direito natural, cuidadosamente selecionado e adaptado aos interesses e preconceitos da classe que comandara a transformação revolucionária, redundando em noção *individualista* e *abstrata* de homem, um homem socialmente descontextualizado e a-histórico.
Segundo: representaram o triunfo ideológico e legal de uma concepção *não-universal* de ser humano – concepção restrita a uma matriz branca, masculina, rica ou quase rica, e de padrão civilizatório eurocêntrico". TRINDADE, José Damião de Lima. *Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels:* emancipação política e emancipação humana. São Paulo: Alfa-Omega, 2011. p. 57.

baseadas no interesse comum"[59]. Quanto aos negros não foi diferente. Mesmo com as declarações, os negros continuaram submetidos à escravidão, ainda que tenham se formado na época grupos interessados em pôr fim à situação deplorável dos escravizados:

> Somente na década de 1780, foram fundadas sociedades abolicionistas na Europa, tendo sido a primeira delas criada na Inglaterra, em 1783, para lutar pelo fim do tráfico negreiro. Mas, suas atividades só se iniciaram efetivamente em 1787, graças à ação política de Thomas Clarkson, Glanville Sharp e James Phillips, quando passou a se chamar "Sociedade pela abolição do tráfico e da escravidão dos negros". Na França, a primeira data de 1788: trata-se da "Sociedade dos Amigos dos Negros", que tinha à testa figuras como Brissot, La Fayette, Mirabeau, Clavière, Condorcet, Sieyès, Grégoire, Lavoiser, Pétion, etc.[60]

Em realidade, a escravidão perduraria por anos no Ocidente. Na França, em 1794, foi declarada a abolição do trabalho escravo nas colônias, restabelecido em 1802 por Napoleão. Somente em 1848 as forças sociais contrárias à escravidão conseguiriam extirpar esse regime de trabalho das colônias francesas. Nos Estados Unidos da América, a abolição ocorrerá em 1865, ao final da Guerra de Secessão.

O descompasso entre a declaração de que o homem nasce livre e a conquista dessa condição por parte dos negros que viveram no Ocidente revela que os textos de 1776 e 1789, apesar de sua retórica, não se dirigiam a todo o conjunto social. Em realidade, esses documentos são expressão da ascensão burguesa ao poder normativo do Estado, e a classe burguesa colocou em primeiro plano os seus interesses de classe proprietária, ao eliminar as distinções sociais que lhe eram nocivas[61]. Seu embate foi contra as instituições remanescentes do Antigo Regime, que conferiam privilégios à nobreza e ao clero, e contra o Absolutismo Monárquico.

> […] a democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien régime* – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa.

---

[59] DECLARAÇÃO dos direitos da mulher e da cidadã, 1791. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html> Acesso em: 20 jan. 2012.

[60] ROCHA, Antonio Penalves. Ideias antiescravistas da Ilustração na sociedade escravista brasileira. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 20, n. 39, p. 37-68, 2000.

[61] "Interessante nota que a consagração da igualdade formal, a garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção ao poder estatal, eram medidas vitais para coroar a ascensão da burguesia ao Olimpo social, em substituição à nobreza. Estas medidas criavam o arcabouço institucional indispensável para o florescimento do regime capitalista, pois asseguravam a segurança e previsibilidade tão indispensáveis para as relações econômicas.". SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

> O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável. Daí por que, se a democracia ateniense tendia, naturalmente, a concentrar poderes nas mãos do povo (*demos*), a democracia moderna surgiu como um movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica. As instituições da democracia liberal – limitação vertical de poderes, com os direitos individuais, e limitação horizontal, com a separação das funções legislativa, executiva e judiciária – adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático. Não assim os chamados direitos sociais, ou a reivindicação de uma participação popular crescente no exercício do governo (referendo, plebiscito, iniciativa popular legislativa, orçamento participativo).[62]

Em verdade, a liberdade enquanto direito natural é a liberdade de contratar, ou nos dizeres da Declaração do Bom Povo de Virgínia, a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedade. Evidentemente, para que se possa livremente contratar, deve-se estar em uma relação com pessoas de igual *status* jurídico, condição atribuída ao sujeito de direito[63].

A liberdade dos proprietários não tem interesse imediato na libertação daqueles submetidos à propriedade de outrem e, por essa razão, para muitos dos que estiveram à frente do movimento burguês, a sorte do escravo era assunto que não demandava atenção.

> O direito moderno é a consagração da igualdade e da impessoalidade na lei, ao contrário da pessoalidade e da diferença das formas sociais antigas e pré-capitalistas. No entanto, aquilo que é igualdade para o direito moderno é o encobrimento da realidade social desigual pelo condão da técnica formalista, e não a plena igualdade real. A felicidade e a satisfação das necessidades ainda são de alguns e não de todos, mas não há mais sorte nem divindade para consagrar a diferença; há a técnica jurídica a desviar a atenção da desigualdade, e, enquanto desvia a atenção para a pirotecnia das promessas de sua cidadania formal, legitima a injustiça real. O Deus de Agostinho e o Javé dos judeus reconheciam e anunciavam que de uns faziam escravos e de outros senhores. O Deus moderno, o direito, anunciou a humanidade de todos para em seu trono oferecer assento só para alguns. O Deus do direito antigo é pessoal e declara sua aliança e seus favoritos; o Deus da técnica jurídica moderna é impessoal na forma, mas é profundamente pessoal nas benesses da realidade social. É apenas diferente porque é hipócrita na aparência de justiça que carrega; o antigo é injusto na aparência e na realidade.[64]

---

[62] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51-52

[63] "É pois preciso constituir sujeitos de direitos autónomos, livres e iguais que tornem possível o funcionamento das estruturas políticas e económicas que implicam o contrato de trabalho, a troca, a concorrência, etc.". MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito.* Tradução Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005. p. 272.

[64] MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 52.

Contudo, havia também aqueles que identificavam no trabalho escravo um entrave à expansão do capitalismo. Foram os fisiocratas os primeiros a argumentar que o trabalho escravo era pouco produtivo e muito caro. Também se argumentou que o escravo não favorecia a formação do mercado consumidor, que deveria se ampliar para dar vazão à crescente produção decorrente das inovações tecnológicas. Não foi por outra razão que a Inglaterra capitaneou o combate ao tráfico de escravos.

Nesse passo, compreende-se que as Declarações Americana e Francesa, embora não tenham tido o escopo primeiro de reconhecer todos os homens como efetivamente livres e iguais, acabaram por contribuir para o fim da escravatura legal no Ocidente, uma vez que serviram de elemento argumentativo para os abolicionistas no combate contra a escravidão, que passou a ser vista, pela primeira vez na história, como um desvirtuamento contrário aos direitos naturais[65].

1.4 A segunda geração de direitos e o negro

Bem compreendidos, os direitos humanos de primeira geração ou dimensão serviram como elemento legitimador da liberdade burguesa para o desenvolvimento de suas atividades na nova ordem social. Cumpre compreender igualmente que o movimento revolucionário tinha dentro de seu corpo perspectivas diferentes, ao passo que projetos mais ou menos coerentes com o reconhecimento desses direitos a todo o grupo social estavam em disputa. Prevaleceu, contudo, o interesse da burguesia mais conservadora.

Não demorou muito para que os efeitos da liberdade e da igualdade formal conduzissem os sujeitos de direito que vendiam a sua força de trabalho a condições de absoluta miséria. No bojo dos conflitos operários, desenvolve-se o socialismo romântico, posteriormente proposto em termos lógicos com o socialismo científico, encabeçado por Karl Marx e Friedrich Engels.

Em *Sobre a questão judaica,* no embate com as ideias de Bruno Bauer, o jovem Marx critica as concepções burguesas de direitos humanos com palavras que ainda hoje são pertinentes:

[65] "O que percebemos, no fim das contas, é que a lista dos fatores que podem ter desempenhado um papel importante no movimento pela abolição da escravidão é bastante longa e poderia crescer ainda mais (história diplomática, papel dos filósofos, ideias revolucionárias, transformações culturais etc.). A história do abolicionismo envolveu boa parte do planeta, durante quase dois séculos (do fim do século XVIII até hoje). Várias gerações de abolicionistas sucederam-se em contextos diferentes e mutáveis. Tal fenômeno não pode, evidentemente, ser atribuído a uma única causa.". PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, Olivier. *A história da escravidão*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 115.

> A liberdade equivale, portanto, ao direito de fazer e promover tudo que não prejudique a nenhum outro homem. O limite dentro do qual cada um pode mover-se de modo a não prejudicar o outro é determinado pela lei do mesmo modo que o limite entre dois terrenos é determinado pelo poste da cerca. Trata-se da liberdade do homem como mônada isolada recolhida dentro de si mesma.
> […]
> O direito humano à propriedade privada, portanto, é o direito de desfrutar a seu bel prazer (*à son gré*), sem levar outros em consideração, independentemente da sociedade, de seu patrimônio e dispor sobre ele, é o direito ao proveito próprio. Aquela liberdade individual junto com esta sua aplicação prática compõem a base da sociedade burguesa. Ela faz como que cada homem veja no outro homem, não a realização, mas, ao contrário, a restrição de sua liberdade. Mas, acima de tudo, ela proclama o direito humano, "*de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie*".[66]

A igualdade formal restringe-se à concessão dessa mesma liberdade para agir com indiferença ao outro:

> A *égalité*, aqui em seu significado não político, nada mais é que igualdade de *liberte*, acima descrita, a saber: que cada homem é visto uniformemente como mônada que repousa em si mesma. A Constituição de 1795 define esse conceito de igualdade, fazendo justiça à sua relevância, nos seguintes termos: *Artigo 3 (Constitution de 1795): "L'égalité consiste en ce que la loi este la même pour tous, soit qu'elle protege, soit qu'elle punisse"*.[67]

A ideologia da classe burguesa mascarava sob o manto da legalidade, dos direitos naturais e inafastáveis, o sofrimento da maioria da sociedade:

> A lei garante um mundo cuja transação é formalizada pela aparência de equivalência social, e, ao sacralizar a igualdade legal, guarda nos porões escondidos da sociedade aquilo que o altar das leis não vê: a injustiça real, a coerção econômica, a desigualdade que se mantém e a brutal diferença que o sistema social mantém e agrava. Ao olhar para o altar das leis, o caleidoscópio social se inebria daquilo que sob seus pés não é imediatamente percebido: a igualdade jurídica não é igualdade real, a legalidade não é a justiça.[68]

O direito assegurava as condições necessárias e lógicas para o desenvolvimento da economia capitalista. As categorias sujeito de direito, norma jurídica e contrato garantiam a liberdade de compra e venda de mercadorias e de contratação da força de trabalho:

---

[66] MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Tradução Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 49.
[67] _____, loc. cit.
[68] MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 22.

> Esta, porém, enuncia que aquela filosofia do direito, cujo fundamento é a categoria do sujeito com a sua capacidade de autodeterminação (já que, até o presente, a ciência burguesa não criou outros sistemas coerentes de filosofia do direito), nada mais é, com certeza, do que a filosofia da economia mercantil, que estabelece as condições mais gerais, mais abstratas, sob quais se pode efetuar a troca de acordo com a lei do valor e ter lugar a exploração sob a forma de "contrato livre". Este pensamento embasa a crítica que o comunismo fez, e ainda faz, à ideologia burguesa da liberdade, da igualdade e da democracia burguesa formal, dessa democracia na qual "a república do mercado" procura mascarar o "despotismo da fábrica". Este pensamento dá-nos a convicção de que a defesa dos chamados fundamentos abstratos da ordem jurídica é a forma mais geral da defesa dos interesses da classe burguesa, etc.[69]

Os conflitos sociais irrompem sem demora entre a burguesia e o proletariado. Nesse contexto, surgem propostas de conciliação entre os interesses das classes em conflito, caminho indicado pelos adeptos da social-democracia e também apontado pela Igreja Católica que, em suma, advogava reformas sociais para assegurar a sobrevivência dos trabalhadores e a manutenção do capitalismo[70]. Desse quadro emergem os direitos de segunda geração[71].

O pressuposto desses direitos é o reconhecimento da desigualdade de fato entre os sujeitos de direito no que diz respeito à capacidade de determinar as condições do contrato de trabalho:

> Mas, dissipada a fumaça dos combates, só restava ao povo, como em 1789, a "liberdade" individual e a igualdade perante a lei – necessárias para que os trabalhadores, agora "sujeitos de direitos", tal e qual seus patrões, e juridicamente "livres" e "iguais" aos seus patrões, tivessem "autonomia" para celebrar contratos de trabalho com seus novos senhores, os quais, por sua vez, detinham a correspondente, porém muito real autonomia para lhes impor jornada e salário, bem como para despedi-los quando lhes aprouvesse.[72]

---

[69] PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo.* Tradução Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 3.

[70] "Já a doutrina social da Igreja, embora discordando radicalmente da idéia marxista de luta de classes, abria-se para a questão operária, defendendo a instituição de direitos mínimos para o trabalhador, a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, editada em 1891. Nessa Encíclica, a Igreja criticava o individualismo exacerbado do liberalismo, e defendia a assunção pelo Estado de uma posição mais ativa na sociedade, em defesa dos mais pobres. Posteriormente, o Papa Pio XII dá continuidade a esta pregação na *Quadragesimo Anno*, de 1931, e o tema será revisitado em vários outros documentos pontifícios, como as Encíclicas *Mater et Magistra* (1961) e *Pacem in Terris* (1963), de João XXIII e *Populorum Progressio* (1967) e *Humanae Vitae* (1969), de Paulo VI.". SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17.

[71] "Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra". BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 564.

[72] TRINDADE, José Damião de Lima. *Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels:* emancipação política e emancipação humana. São Paulo: Alfa-Omega, 2011. p. 26.

A constituição francesa de 1848, fruto da Primavera dos Povos, foi a primeira a assumir alguns compromissos de conciliação entre as classes burguesa e proletária[73]. Nada obstante, o modelo constitucional inspirador do desenvolvimento desses direitos é presente nas constituições mexicana de 1917 e de Weimar.

> O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2.ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. [74]

O fato dos direitos de segunda geração ou dimensão surgirem nos textos constitucionais não se deu por acaso. Nesse momento histórico, a burguesia já estava consolidada enquanto poder normativo da sociedade, o seu instrumento de legitimidade, o direito positivo, estava assentado. Com as revoluções do século XVIII, o jusnaturalismo racionalista cumpriu sua tarefa de consolidar as pretensões da filosofia iluminista, ao mesmo tempo em que abriu campo à codificação do direito. Consoante a terminologia adotada neste trabalho, os direitos de caráter social nascem como direitos fundamentais. De todo modo, vale lembrar que nesse período assiste-se à criação da Organização Internacional do Trabalho, que desempenhará papel relevante na expansão dos direitos trabalhistas.

Os direitos de segunda dimensão resultam de uma inversão ideológica do papel do Estado. A finalidade do movimento revolucionário burguês era restringir a atividade do Estado, criando uma esfera intangível à influência do Monarca, a liberdade para adquirir e possuir propriedade, nos termos da Declaração de Virgínia, ao passo que os direitos de segunda geração demandam a intervenção estatal. Cumpre ao Estado assegurar as condições mínimas atinentes ao direito laboral, custear a assistência aos necessitados e promover educação, cultura e lazer.

> No mesmo diapasão, dá-se a positivação dos direitos sociais e econômicos, fenômeno assente na inquestionável premissa de que, diante da desigualdade de fato existente no meio social, se o Estado não agir para proteger o mais fraco do mais forte, os ideais éticos de liberdade, igualdade e solidariedade em que se

[73] "Seja como for, malgrado toda essa anfibologia, não se pode deixar de assinalar que a instituição de deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados em geral, estabelecida no art. 13, aponta para a criação do que viria a ser o Estado de Bem-Estar Social, no século XX". COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 166.
[74] Ibidem, p. 189.

> lastreia o constitucionalismo seguramente vão se frustrar. O advento desta segunda geração de direito fundamentais impunha ao Estado o cumprimento de prestações positivas, que tinham de ser asseguradas através de políticas públicas interventivas. O Estado não mais se contenta com a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva desta igualdade no plano dos fatos. Não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelo seus titulares. Portanto, aquele que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um dos direitos humanos, passa à condição de agente promotor destes direitos.[75]

Dissemos inversão ideológica porque o Estado sempre teve uma participação positiva na garantia dos direitos de primeira geração, na medida em que assegurar o respeito à propriedade privada envolve o custo da manutenção de uma força pública e de forças armadas para garantir o *pacta sunt servanda* perante outros países. Isso é evidentemente uma forma de intervir na economia. A nova direção à atuação estatal relaciona-se a propiciar condições para a reprodução das energias físicas, emocionais e intelectuais daqueles que vendiam sua força de trabalho.

É comum se afirmar que os direitos neste tópico tratados implicam na substituição da igualdade formal pela igualdade material. Temos nossas dúvidas, pois são direitos intrinsecamente relacionados ao mundo do trabalho, que é formado por partes em situação de desequilíbrio. A disparidade de forças não é solucionada pelos direitos de segunda geração, mas sim levemente mitigada. O trabalhador continuará a vender sua força de trabalho, não mais por 12, 14, 16 horas por dia, mas sim 8 horas; porém, sua posição na relação jurídica não se altera, a propriedade dos meios de produção continua sendo privativa e distante dos trabalhadores.

Além disso, e principalmente, existem várias outras desigualdades entre os sujeitos historicamente situados, é dizer, a discriminação fundada sobre elementos raciais, de gênero, religião, origem que persistem sob à proteção mínima conferida ao trabalhador.

> Porém, o discurso hegemônico da igualdade no *Welfare State* padecia de certa insensibilidade em relação aos direitos das minorias. A ênfase predominante na dimensão econômica da igualdade, tributária do pensamento marxista, acabava relegando a um plano secundário as demandas por reconhecimento de certo grupos portadores de uma identidade própria.[76]

[75] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 19.
[76] PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPIR, 2006. p. 68.

As políticas públicas promovidas a fim de efetivar esses direitos são de cunho universalista, e não atentam para as especificidades entre os sujeitos beneficiados por elas. Por exemplo, o estabelecimento de um piso salarial mínimo para os trabalhadores em um país não impedirá que os negros e as mulheres tenham, em média, salário inferior ao homem branco que desempenhe a mesma função. As políticas de promoção de emprego, nesse período, não consideraram a discriminação sofrida no mercado de trabalho por pessoas deficientes. São políticas que resultam em melhorias indiretas para os grupos sociais discriminados.

Por isso, a promoção da igualdade material demanda reformulações sociais que se situam além do alcance dos direitos de segunda geração ou dimensão, o que não impede que se reconheça que eles promoveram uma melhoria nas condições sociais de grande parte da população[77].

1.5 A terceira geração de direitos e o negro

É usual a menção de que os direitos de terceira geração transcendem o âmbito de proteção dos direitos de primeira geração e dos direitos de segunda geração. Os primeiros conferem poderes e garantias ao indivíduo perante o Estado e os segundos tutelam interesses de um grupo social, ao passo que os direitos de terceira dimensão destinam-se a um conjunto indeterminado de pessoas:

> Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário de gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.[78]

Em função dessa perspectiva que esses direitos são chamados de direito de solidariedade ou de fraternidade:

---

[77] Do mesmo modo que Marx compreende que se os direitos humanos, a seu tempo, direitos de primeira geração, não trouxe o reino dos céus à Terra, eles constituem um avanço dentro das possibilidades de seu tempo: "A *emancipação política* de fato representa um grande progresso; não chega a ser a forma definitiva da emancipação humana em geral, mas constitui a forma definitiva da emancipação humana *dentro* da ordem mundial vigente até aqui. Que fique claro: estamos falando aqui de emancipação real, de emancipação prática". MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Tradução Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 41.

[78] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 569.

> O reconhecimento dos direitos sociais não pôs termo à ampliação do campo dos direitos fundamentais. Na verdade, a consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à *qualidade* de vida e à *solidariedade* entre os seres humanos de todas as raças ou nações, redundou no surgimento de uma nova geração – a terceira – , dos direitos fundamentais.[79]

Observe-se que o critério do sujeito titular do direito, seja o indivíduo, o grupo ou a coletividade, é complementado com a noção segundo a qual esses direitos são dotados de valores de alto grau de humanismo.

Esses critérios merecem alguns esclarecimentos. Os direitos de terceira dimensão realmente tutelam interesses de uma coletividade indeterminada de pessoas, basta lembrarmos o direito a viver em um meio ambiente sadio ou então o direito à conservação do patrimônio histórico. Nessas situações, é impossível atribuir a titularidade desses direitos a somente uma pessoa ou então a um grupo, de forma que outras pessoas não sejam também titulares do direito. Todavia, entre os direitos de terceira geração, há um grupo de direitos em relação aos quais se identifica distintos graus de interesse das pessoas em relação aos bens por eles tutelados, é o caso dos direitos de cunho antidiscriminatório. Evidente que se pode afirmar o interesse geral da sociedade em viver em um mundo sem discriminação. Porém, não podemos desconsiderar que há pessoas conscientemente contrárias a esses direitos. Em uma perspectiva ideal, toda a humanidade almeja viver fraternalmente, contudo o racismo, o machismo e outras concepções hierarquizantes permanecem em nosso tempo. Igualmente, o alto grau de humanismo atribuído aos direitos de terceira geração também pode ser atribuído aos direitos de outras gerações, ao menos no que diz respeito aos valores a eles subjacentes, não excedendo lembrar que entre o discurso e a realidade existe ainda uma grande distância a ser vencida, na medida em que a liberdade e a igualdade não fazem parte do cotidiano de todos aqueles seres humanos que vivem em sociedades que adotam esses direitos em suas constituições ou em seus compromissos internacionais.

Dito isso, entre os documentos que carreiam direitos de fraternidade, temos a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 21 de dezembro de 1965. Pode-se considerar a convenção como o mais importante compromisso internacional para a solução dos

[79] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57.

problemas decorrentes da discriminação racial, razão pela qual é um dos documentos mais relevantes na perspectiva do negro.

Por certo todo o desenvolvimento dos direitos humanos e direitos fundamentais é importante para a situação dos negros. Os direitos de primeira dimensão, como vimos, estendeu o reconhecimento da liberdade e da igualdade ao gênero humano, embora na prática ainda tenha convivido com a escravidão, servindo, porém, como argumento na luta contra a escravatura. Também possuem sua relevância os direitos que visam assegurar condições sociais mais benéficas ao grupo social que vende sua força de trabalho, garantindo-lhe acesso à educação, cultura, assistência social e direitos trabalhistas, melhorando, assim, a situação social do negro.

Entretanto, a Convenção ataca a discriminação racial, que serve de barreira para que o negro tenha acesso integral aos direitos garantidos nas outras gerações. Ademais, esse documento foi inspirador para os movimentos sociais na luta por respeito e dignidade.

Trataremos mais detidamente da discriminação racial nos capítulos posteriores e veremos que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial servirá de fundamento para a promulgação do Estatuto da Igualdade Racial. Por ora importa lembrar que há juristas que advogam a tese de que existem outras dimensões de direitos, há quem fale em quarta, quinta, ou sexta dimensão, que seriam direitos relacionados à segurança genética, à água potável, à democracia, à informática, além de outros. Por outro lado, já se argumentou que essas novas dimensões ou gerações seriam um açodamento, na medida em que se poderia enquadrar esses novos direitos nas dimensões já existentes.

Considerando o escopo de nosso estudo, ao tratarmos da terceira dimensão de direitos atingimos aquela em que se trata especificamente da situação do negro e nos cabe agora enfrentar a forma pela qual, nos dias atuais, esses direitos são interpretados e aplicados.

1.6 Interpretação e aplicação dos direitos humanos e fundamentais

1.6.1 Pós-positivismo[80]

Com o êxito das revoluções burguesas do século XVIII opera-se um deslocamento da fonte de legitimação dos direitos naturais, que saem dos textos filosóficos para serem positivados nos textos constitucionais[81]. Acompanhando essa mudança, pouco tempo depois surgiu o código civil de 1804 e o movimento de codificação do direito. Essa situação dará origem ao positivismo jurídico, que se tornou a teoria dominante do direito, atingindo na primeira metade do século XX o ápice de seu desenvolvimento com Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart.

A despeito da diferença entre os teóricos positivistas, é possível indicar como traço unificador dessa forma de se compreender o direito o entendimento segundo o qual o ele se caracterizaria como um fenômeno de regulação dos comportamentos por intermédio de regras positivadas pelos órgãos dotados dessa competência. Ademais, essas regras auferem sua legitimidade através de um teste formal. Hans Kelsen expõe na sua *Teoria pura do direito* que a regra jurídica é aquela emitida em conformidade com o estabelecido em uma regra hierarquicamente superior, e esta igualmente fora promulgada em virtude de outra regra superior, estabelecendo assim uma cadeia de regras que auferem validade das demais, e no ápice desse sistema estaria pressuposta norma fundamental[82]. Já Herbert Hart

[80] "Cumpre não confundir pós-positivismo com pós-modernismo no campo jurídico. Embora possa haver algumas coincidências entre tais concepções – como a rejeição da visão positivista de racionalidade, que excluía de seu âmbito a razão prática, e a negação da separação cartesiana entre sujeito e objeto, com o reconhecimento de que, também no Direito, o observador influi sobre o fenômeno observado –, existem também marcantes diferenças entre estas cosmovisões jurídicas. De fato, o pós-positivismo não desacredita na razão e no Direito como instrumento de mudança social, e busca, recorrendo sobretudo aos princípios constitucionais e à racionalidade prática, catalizar as potencialidades emancipatórias da ordem jurídica. Já o pós-modernismo, como se viu no capítulo precedente, mostra-se cético em relação ao Direito, e tende a reduzir o papel das Constituições a um mero estatuto procedimental". SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 57.

[81] "A orientação positivista, tendo privado o direito do que ele podia ter de frágil – opção sobre os fundamentos do direito, que faz parte da esfera das escolhas políticas ou ditas metafísicas – apresente-se como uma orientação científica, quer dizer, neutra, sem *a priori*.". MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito.* Tradução Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005. p. 275.

[82] "Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento da validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no indeterminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posta em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).". KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 206-207.

entende que as regras do direito são aquelas que ingressam no ordenamento quando atendidos os preceitos da regra de reconhecimento[83].

Assim, o direito se encerraria nas regras positivadas pelos órgãos previamente designados, independentemente de seu conteúdo, consagrando a segurança jurídica e a previsibilidade. Porém, essa teoria sofreu golpes importantes. O primeiro foi o reconhecimento, após a Segunda Guerra Mundial, de que o positivismo oferecia campo para, com o argumento de legalidade, legitimar ações estatais contrárias à dignidade, ao direito à vida e a outros direitos. O segundo foi a elaboração de uma nova teoria do direito que apontou as insuficiências teóricas do positivismo para abarcar o fenômeno jurídico. Nesse movimento destacam-se as considerações de Dworkin[84].

Para o jurista norte-americano o positivismo jurídico pode ser caracterizado por considerar que o fenômeno jurídico possui três pontos centrais. Primeiro, o direito é um conjunto especial de regras sociais, cuja finalidade é determinar quais comportamentos devem ser coagidos ou punidos pelo poder público independentemente do conteúdo dessas regras. Segundo, o direito é coextensivo a esse conjunto de regras. Terceiro, na situação em que o aplicador do direito é levado a decidir uma situação na qual a regra jurídica não incide com clareza, ele utiliza seu poder discricionário para solucionar o caso.

Dworkin considera que o positivismo jurídico não apreende integralmente o direito, argumentando que em diversas situações, especialmente na decisão sobre os casos difíceis, há padrões que compõem a decisão dos juízes e dos tribunais, bem como a argumentação dos demais operadores do direito, que não são regras jurídicas[85].

Esses padrões seriam os princípios jurídicos. Vale lembrar que a existência dos princípios não é negada pelo positivismo. Este, porém, considera que os princípios são padrões que se encontram além do fenômeno jurídico, ou seja, o princípio não é direito.

---

[83] "A forma mais simples de solução para a *incerteza* própria do regime de normas primárias é a introdução de algo que chamaremos de 'norma de reconhecimento'. Essa norma especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce.". HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 122.

[84] "E é esta visão problematizante que fará dele um autor que, ao pensar a questão da interpretação, se torna referência fundamental para a cultura hermenêutica contemporânea, especialmente por representar um contraponto de inigualável valor para a crítica e a contraposição ao modelo do positivismo jurídico e à analítica do discurso jurídico, de *civil law* (Hans Kelsen e Norberto Bobbio) ou de *common law* (John Austin e Herbert L. A. Hart)". BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Dworkin e a razoabilidade da justiça. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, p. 317-34, 2005.

[85] "Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras". DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36. (Biblioteca Jurídica).

Entretanto, para a nova perspectiva proposta, os princípios funcionariam como ferramentas para as decisões[86], e, por isso, seria incorreto compreender o direito apenas como regra. A maneira mais coerente de compreender o fenômeno jurídico é reconhecendo que as regras e os princípios são elementos desse conjunto.

Para Dworkin, as regras e os princípios são espécies de normas jurídicas, existindo entre elas uma diferença qualitativa. Enquanto as regras operam por intermédio da subsunção ao fato, na chave de validade e invalidade, os princípios são operacionalizados pela dimensão de peso, ou seja, os princípios não são considerados válidos ou inválidos para um caso concreto, em realidade, eles funcionam como um peso para que a decisão seja em um determinado sentido.

> A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos em que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.[87]

Além disso, existiriam dois tipos de princípios, os propriamente ditos, que dizem respeito a direitos individuais, e os princípios enquanto políticas, a determinação de ações no interesse de um grupo[88]. No caso de conflito entre princípios e políticas, prevaleceriam os primeiros.

Outro jurista que fez uma contribuição decisiva para essa concepção do direito enquanto um fenômeno composto por regras e princípios é Robert Alexy, que aprofundou a ideia do princípio como um mandamento de otimização, no sentido de que os princípios determinam que uma medida seja aplicada na maior intensidade possível e sistematizou a situação de conflito entre princípios e sua solução por intermédio da noção de proporcionalidade.

---

[86] "Os princípios são, portanto, vinculativos para a atividade do juiz, além de se considerar que se constroem no embate histórico dos valores morais.". BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, op. cit.

[87] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Tradução Nelson Boeira. 3. edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 39.

[88] "Denomino 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade". Ibidem, p. 36.

Os modelos propostos por Dworkin e Alexy não estão isentos de questionamento. Uma das principais críticas formuladas na doutrina brasileira foi elaborada por Humberto Ávila, que considera incorreta a distinção entre regras e princípios em função da forma de aplicação, pois entende que todas as normas jurídicas são aplicadas mediante ponderação, e não somente os princípios[89].

Para se compreender a crítica formulada, é necessário retomar o ponto de partida da teoria apresentada por Ávila. Para o jurista, a distinção entre regras e princípios tem por pressuposto que um enunciado normativo pode ser caracterizado ou como regra ou como princípio. Por sua vez, Ávila propõe que se reconheça que um enunciado normativo pode dar origem a uma regra e também a um princípio, pois esses dois tipos de normas podem surgir da interpretação do enunciado:

> A proposta aqui defendida diferencia-se das demais porque admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. Um ou mais dispositivos podem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados. Ao invés de *alternativas exclusivas* entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que alberga *alternativas inclusivas*, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado).[90]

Uma crítica a tal posicionamento de Ávila foi elaborada por Virgílio Afonso da Silva, que aponta para uma imprecisão na ideia de que a mesma norma pode ser apropriada

[89] "A inconsistência semântica está na impropriedade da definição de *princípio* com base no modo final de aplicação e no modo de solução de antinomia. Essa distinção entre as espécies normativas sofreu várias críticas. O modo de aplicação das espécies normativas, se ponderação ou subsunção, não é adequado para diferenciá-las, na medida em que toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação. As regras não fogem a esse padrão, na medida em que se submetem tanto a uma ponderação interna quanto a uma ponderação externa: sofrem uma ponderação interna porque a reconstrução do conteúdo semântico da sua hipótese e da finalidade que lhe é subjacente depende de um confronto entre várias razões em favor de alternativas interpretativas (exemplo: definição do sentido de *livro* para efeito de determinação do aspecto material da regra de imunidade); submetem-se a uma ponderação externa nos casos em que duas regras, abstratamente harmoniosas, entram em conflito diante do caso concreto sem que a solução para o conflito envolva a decretação de invalidade de uma das duas regras (exemplo: uma regra que determina a concessão da antecipação de tutela para evitar dano irreparável e outra regra que proíbe a antecipação se ela provocar despesas para a Fazenda Pública). É inapropriado, por isso, fazer uma distinção entre as espécies normativas com base em propriedades comuns às espécies diferenciadas – a ponderação e a superabilidade.". ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 95.

[90] Ibidem, p. 75.

como diferentes espécies normativas, pois é o enunciado normativo, e não a norma, que pode dar origem a regras e princípios[91].

Escapa ao objeto de nosso trabalho nos determos nas variadas compreensões do fenômeno jurídico por parte dos teóricos pós-positivistas. É suficiente termos em mente que com o reconhecimento de que os princípios são parte integrante do direito, se reforçou a noção de que os direitos humanos e fundamentais de segunda e terceira geração se afastaram do caráter de norma programática ou de simples disposição de cunho político incerta no texto constitucional. Além disso, é importante também consideramos que essa percepção do direito e o instrumental teórico para solução de casos envolvendo conflito entre princípios vem sendo adotados pelo tribunais nacionais, de forma que a efetivação das regras e princípios dispostos no Estatuto da Igualdade Racial, caso submetidos aos tribunais, serão solucionados nesses parâmetros. Paralelamente a esse movimento, na segunda metade do século XX importantes mudanças na forma de compreender o direito constitucional impactaram na importância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

1.6.2 Neoconstitucionalismo

No século XX, com o surgimento dos direitos sociais, os constitucionalistas e os responsáveis pela implantação desses direitos se depararam com dificuldades novas, dado que até então os direitos humanos e fundamentais primavam, teoricamente, pela abstenção do Estado.

O novo contexto do Estado social determinou a adoção de políticas públicas complexas, como a organização de sistemas de saúde pública, de sistemas educacionais, o arbitramento da relação de trabalho, dentre outras coisas. O novo paradigma impunha a existência de um programa de ações e o estabelecimento de metas como elemento de legitimação do poder em face do cidadão.

---

[91] "Em primeiro lugar, Ávila sustenta que isso decorre do fato de que 'o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação'. A afirmação de Ávila é, sem dúvida, correta, já que o modo de aplicação, de fato, não decorre do texto objeto de interpretação, mas da interpretação desse texto. É ponto pacífico que a distinção entre *regras* e *princípios* não é uma distinção entre textos, mas entre normas. Nesse sentido, portanto, não há grandes problemas no fato de que o texto e seus operadores deônticos não dêem indicações precisas sobre o tipo de norma que surgirá de sua interpretação. É *tarefa do intérprete* definir se a norma, produto da interpretação, é uma regra ou um princípio.". SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 56-57.

A dogmática jurídica tradicional classificou as novas normas constitucionais como normas não autoaplicáveis, em contraposição às normas dos direitos individuais que eram tidas como normas autoaplicáveis.

No direito brasileiro, contrapondo-se a essa dicotomia, tornou-se célebre a classificação apresentada por José Afonso da Silva, em seu *Aplicabilidade das normas constitucionais*[92].

Nessa obra, o autor desenvolve conceitos importantes no tocante à eficácia das normas constitucionais. Em apertada síntese, haveria normas de eficácia plena, as quais desde sua entrada em vigor teriam o condão de produzir todos os seus efeitos essenciais; normas de eficácia contida, que seriam aquelas que teriam com sua vigência a potência de produzir seus efeitos, como as normas de eficácia plena mas, contudo, estariam sujeitas a posterior limitação por parte do legislador ordinário; e, por fim, normas de eficácia limitada, que produziriam efeitos mínimos até que o legislador ordinário elaborasse uma nova lei especificando a fruição do direito previsto.

Em tal quadro, as normas de direito social seriam aquelas dotadas de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Essas normas também foram chamadas de normas programáticas, pois alguns juristas defendiam que elas configurariam mais uma declaração retórica do que direito efetivamente.

Paulo Bonavides abordou esse momento dos direitos de segunda geração:

> De juricidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessaram, a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Sem embargo, com o reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais na atual constituição brasileira, não demorou para que recrudescesse a crítica à teoria das normas programáticas[93]. Tornou-se cada vez mais evidente que naqueles moldes a efetivação dos direitos sociais estava distante, pois ao se interpretar a norma como um projeto para o futuro, o poder público, no presente, não estaria verdadeiramente

[92] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

[93] "Em segundo lugar, encontramos uma postura que podemos denominar de *superficialmente democrática*. Aqui se fala do caráter 'programático' dos direitos fundamentais que não passariam de um manifesto político. Considera-se que é impossível satisfazer simultaneamente todos os direitos proclamados pelo texto constitucional e aguarda-se a solução do legislador ordinário". DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 5.

obrigado a se empenhar na das desigualdades sociais e econômicas que ensejaram tais direitos.

Paralelamente, com a crítica aos postulados do positivismo, assiste-se ao desenvolvimento de uma nova forma de se compreender o direito constitucional, pautada pela eficácia das normas constitucionais e a primazia dos princípios, o neoconstitucionalismo[94]:

> *Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zaebelsky y, sólo en parte, Carlos S. Nino. Probablemente estos iusfilósofos no se reconocen dentro de un movimiento unitario, pero, en favor de mi tesis, en sus argumentaciones es posible encontrar el uso de algunas nociones peculiares que posibilita que sean agrupados dentro de una única corriente iusfilosófica*.[95]

Segundo Ana Paula de Barcellos, há dois grupos de elementos principais caracterizadores desse novo momento do direito constitucional. Existem as características de ordem metodológica-formal e aquelas de ordem material.

As premissas fundamentais do ponto de vista metodológico-formal são três:

> (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.[96]

Do ponto de vista material, dois elementos merecem menção:

---

[94] "A expressão 'neoconstitucionalismo' tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado de constitucionalismo contemporâneo. O prefixo *neo* parece transmitir a idéia de que está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalimo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam- a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos, e nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional". BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, 2007. 31 p. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2011.

[95] POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Tradução Josep M. Vilajosana. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, v. 2, n. 21, p. 339-354, 1998. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=128725>. Acesso em: 2 mai. 2012

[96] BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro /artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2011.

> (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção de dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.[97]

Ainda em conformidade com Ana Paula de Barcellos, esses elementos são decorrentes do processo histórico no qual a Constituição, anteriormente compreendida como um fenômeno essencial político, passa a ser entendida como norma jurídica. Nessa mudança, foi fundamental a contribuição de Konrad Hesse[98]. Em palestra proferida em 1959, Hesse redimensiona a relação entre os fatores reais de poder e o texto normativo, indicando que a constituição possui força normativa, podendo influir na realidade, desde que haja vontade de constituição e que o texto da constituição não se desacople dos limites impostos pela realidade. Esse texto célebre faz a revisão das ideias expostas em outra palestra, de 1862, em que Ferdinand Lassalle se empenhou em demonstrar a existência de duas constituições: a real, formada pelos fatores de poder; e a jurídica, simples folha de papel cuja finalidade seria mascarar a realidade do poder[99].

A incorporação explícita de valores e opções políticas se fez com a positivação dos direitos fundamentais, aos quais se reconhece dimensão objetiva, pois são valores tidos como os mais importantes em uma determinada sociedade.[100] Consequentemente, os direitos fundamentais não se restringem às relações Estado-cidadão, expandindo seus efeitos para a relação entre particulares.

É importante frisar que a eficácia horizontal ou a vinculação de particulares aos direitos fundamentais não apresenta unanimidade, já que no direito comparado encontramos posições no sentido de que não existe a possibilidade de se estenderem os direitos fundamentais aos particulares e outras no sentido de que essa extensão é somente indireta.

---

[97] BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico. com.br/pdf_seguro /artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2011.

[98] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

[99] LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* Rio de Janeiro: Laemmert, 1969.

[100] "A dimensão objetiva decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política. E, como garantia de valores morais coletivos, os direitos fundamentais não são apenas um problema de Estado, mas de toda a sociedade. Nesse sentido, é preciso abandonar a perspectiva de que a proteção dos direitos humanos constitui um problema apenas do Estado e não também de toda a sociedade". SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 106.

Entre os doutrinadores nacionais podemos encontrar entendimentos segundo os quais a nossa constituição admite a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, conforme Steinmetz:

> Portanto, sustenta-se como definição básica que, na ordem constitucional brasileira, direitos fundamentais vinculam direta ou imediatamente os particulares. Clarifique-se, porém, que não se trata de uma eficácia imediata linear, absoluta, universal e definida, abstratamente, de uma vez por todas. É, isto sim, uma eficácia imediata "matizada" ou "modulada".[101]

Importante destacar que consoante esse posicionamento, o princípio da igualdade, na perspectiva que veda o tratamento discriminatório, vincula diretamente os particulares. Ou seja, não somente ao Estado é vetado discriminar os cidadãos em função de raça, gênero, idade etc., mas também aos particulares essa forma de agir é interditada:

> O princípio da igualdade como norma de proibição de discriminação opera eficácia imediata nas relações entre particulares. Os particulares estão proibidos de, entre si, praticar tratamento discriminatório com base em preconceitos de cor, idade, religião, raça, origem, sexo e de quaisquer outros preconceitos contrários à dignidade da pessoa e incompatíveis com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária ou com as idéias de matrizes e os objetivos fundamentais da CF.[102]

Maior complexidade encontraremos na eficácia horizontal da igualdade não sob o aspecto da vedação ao tratamento discriminatório, mas sim da perspectiva da igualdade enquanto promoção desta entre as pessoas e especificamente no que diz respeito aos direitos de promoção da igualdade racial, assunto que retomaremos adiante. Por ora, importa-nos abordar mais detalhadamente aspectos da realidade racial brasileira.

[101] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 273.
[102] Ibidem, p. 260.

2. ASPECTOS DA REALIDADE RACIAL BRASILEIRA

Neste capítulo trataremos da situação vivenciada pelos negros na sociedade brasileira. Em uma primeira parte apresentaremos os conceitos necessários para o desenvolvimento do assunto. Assim, abordaremos os conceitos de raça, etnia, preconceito e discriminação; em sequência, trataremos do racismo no Brasil. Na segunda parte, discutiremos as diferentes formas por meio das quais foi compreendida a situação do negro no Brasil e suas implicações para esse grupo de nossa população. Em conclusão, apresentaremos o quadro resultante de nossa história de escravidão e do desequilíbrio de nossa sociedade sob o prisma do recorte racial, apontando a realidade sobre a qual incidirá o Estatuto da Igualdade Racial.

2.1 Conceitos

2.1.1 Raça

Tem se tornado cada vez mais comum encontrar a afirmação de que não existem raças entre os seres humanos. Isso porque todos nós somos pertencentes à espécie humana, e esta não se subdivide em raças. Esse discurso tem se apoiado, sobretudo, nos recentes estudos sobre o genoma humano. Não raro, esse discurso é complementado com uma conclusão tida por coerente, qual seja: uma vez que não existem raças entre os seres humanos, não existe racismo.

Por essa razão, nos dedicaremos a elucidar que se a premissa é verdadeira, a conclusão é falsa.

Nesse sentido, é importante destacar que o início da noção de raça se deu em tempo muito recuado[103], porém, a utilização da ideia de raça como hoje conhecemos se consolidou entre o final do século XVII e meados do século XVIII:

[103] "Não é fácil estabelecer quem foi a primeira pessoa a utilizar essa palavra, e é igualmente difícil identificar a primeira tentativa de descrever a humanidade como um catálogo de raças distintas. Podemos voltar à Bíblia e à descendência dos três filhos de Noé, Sem (os asiáticos), Cam (os africanos) e Jafé (os europeus). Ou então podemos deter-nos nas decorações funerárias egípcias inspiradas no *Livro das Cancelas*, que datam de cerca de mil e cem anos atrás. Entre as almas que esperam para aceder ao além os peritos reconhecem os traços egípcios, asiáticos, líbicos e núbios". BARBUJANI, Guido. *A invenção das raças.* Tradução Rodolfo Llari. São Paulo: Contexto, 2007. p. 64.

> No final do século XVII, seguindo os princípios aristotélicos, o naturalista John Ray define a espécie com base na constância das formas hereditárias. Em 1684, François Bernier publica um volume intitulado *Nouvelle division de la terra par les différents espèces ou races qui l'habitent*, em que propõe a existência de quatro raças humanas […] É somente com o *Systema naturae* do naturalista sueco Lineu, no século XVIII, que nasce a sistemática científica moderna. Ao longo de 13 edições, Lineu constrói um catálogo geral das espécies viventes, animais e vegetais (e também das não viventes – o sistema lineano inclui os minerais) e funda uma nova ciência, a taxonomia.[104]

Além disso, o conceito de raça possui um conteúdo flexível, na medida em que, em diferentes contextos, relaciona-se ora com as diversidades fenotípicas, ora com questões relacionadas à origem geográfica ou ancestral, ora a elementos culturais e sociais[105]. De todo modo, há tempos se utiliza a ideia de raça para justificar situações de dominação, com base no argumento de que essas diferenças (físicas, culturais, ancestrais etc.) seriam a comprovação de distintas possibilidades de ordem moral e intelectual, conforme as afirmações do professor Kabengele Munanga:

> Em 1684, o francês François Bernier emprega o termo no sentido moderno da palavra, para classificar a diversidade humana em grupos fisicamente contrastados, denominados raças. Nos séculos XVI-XVII, o conceito de raça passa efetivamente a atuar nas relações entre classes sociais da França da época, pois utilizado pela nobreza local que se identificava com os Francos, de origem germânica em oposição aos Gauleses, população local identificada com a Plebe. Não apenas os Francos se consideravam como uma raça distinta dos Gauleses, mais do que isso, eles se consideravam dotados de sangue "puro", insinuando suas habilidades especiais e aptidões naturais para dirigir, administrar e dominar os Gauleses, que segundo pensavam, podiam até ser escravizados. Percebe-se como o conceito de raças "puras" foi transportado da Botânica e da Zoologia para legitimar as relações de dominação e de sujeição entre classes sociais (Nobreza e Plebe), sem que houvesse diferenças morfo-biológicas notáveis entre os indivíduos pertencentes a ambas as classes.[106]

No século XIX, ampliam-se os estudos considerados como científicos que tinham por escopo demonstrar que as diferenças físicas tinham implicações de ordem moral e intelectual. Esses estudos se ampararam no fortalecimento da hipótese de que os

---

[104] BARBUJANI, Guido. *A invenção das raças.* Tradução Rodolfo Llari. São Paulo: Contexto, 2007. p. 64-65.

[105] "Além disso, antes de ter ficado vinculado à biologia, o termo compreendia a idéia de 'grupos ou categorias de pessoas conectadas por uma origem comum', não indicando uma reflexão de ordem mais natural". SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Racismo no Brasil*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 22.

[106] MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. *Cadernos Penesb* (Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira), Rio de janeiro, UFF, n. 5, p. 15-34, 2004.

diferentes grupos humanos tiveram origens distintas, hipótese que se contrapunha àquela segundo a qual a humanidade era una e tinha uma origem comum.

A nova escola poligenista se relacionava com a "crescente sofisticação das ciências biológicas e sobretudo diante da contestação do dogma monogenista da Igreja".[107] Para Lilia Schwarcz, essa hipótese permitiu o fortalecimento das explicações biológicas para os comportamentos humanos, alimentadas pelas novas ciências da época:

> A versão poligenista permitira, por outro lado, o fortalecimento de uma interpretação biológica na análise dos comportamentos humanos, que passam a ser crescentemente encarados como resultado imediato de leis biológicas e naturais. Esse tipo de viés foi encorajado sobretudo pelo nascimento simultâneo da *frenologia* e da *antropometria*, teorias que passavam a interpretar a capacidade humana tomando em conta o tamanho e proporção do cérebro dos diferentes povos. Simultaneamente, uma nova *craniologia técnica*, que incluía a medição do índice cefálico (desenvolvida pelo antropólogo suíço Andrés Ratzius em meados do século XIX), facilitou o desenvolvimento de estudos quantitativos sobre as variedades do cérebro humano.[108]

A aceitação das teorias raciais variou em diferentes países e em diferentes momentos. No século XIX, as teorias raciais tiveram grande aceitação no Brasil, o que se explica por dois motivos. Primeiro, nos países europeus a interação entre as diferentes raças humanas era muito menor, na medida em que esses países não receberam grande contingente de seres humanos de raças diferentes, ao passo que a população brasileira se constituiu através da relação entre a população nativa, a imigração de europeus e o tráfico de africanos, que por largo período formou o maior contingente populacional. Segundo, enquanto as teorias raciais na Europa serviam de argumento para a dominação de outros povos mundo afora, no Brasil elas tinham relação com acontecimentos políticos e sociais de grande importância, como o questionamento do regime de escravidão e com os destinos da nação, uma vez que as teorias raciais advogavam a tese de que a miscigenação conduziria, invariavelmente, para a degeneração social.

A ideia de divisão da humanidade em raças sofreu abalos no século XX. O primeiro golpe se deu com o balanço das consequências da combinação entre o nazismo,

---

[107] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças:* cientistas, instituições e questão racial. São Paulo: Companhia das letras, 1993. p. 48. Vale lembrar que em termos culturais e religiosos judaico-cristãos, houve quem buscasse justificar a escravidão dos africanos com base na maldição de Nóe a um de seus filhos, Cam, que seria a origem do povo negro.

[108] Ibidem, p. 48-49.

ápice do racismo germânico,[109] e a razão instrumental. O segundo, com os estudos sobre o genoma humano. De fato, diversos estudos sobre nossas características genéticas chegaram à conclusão de que a maior parte das diferenças entre os seres humanos não repousa, necessariamente, nas diversidades fenotípicas, ou de origem, ou cultural, do que se convencionou chamar de raças humanas. Em verdade, das diferenças genéticas entre dois seres humanos, 85% delas podem ser encontradas entre duas pessoas, da mesma raça e da mesma população. Outros 5% são diferenças específicas entre populações, de mesma raça, mas de diferentes continentes. E os outros 10% são diferenças específicas entre as raças. Dessa forma, é possível que duas pessoas de raças diferentes tenham mais similaridade genética do que pessoas do mesmo grupo racial[110].

Sob a perspectiva científica atual, existem raças quando dois grupos populacionais de uma mesma espécie, separados geograficamente, acumulam diferenças genéticas que poderão conduzir esses grupos a formarem duas novas espécies, o que se verificará quando a reprodução entre os elementos das novas espécies originar uma prole infértil[111]. Para que a humanidade fosse dividida em raças, seria necessário ter se identificado um grau maior de variação genética, que teria se constituído em um passado remoto, dado que há alguns séculos os diferentes grupos populacionais estão em contato entre si, eliminando as barreiras geográficas e assim impossibilitando o acúmulo de diferenças genéticas.

Assim, as conclusões dos estudos sobre os genes não permitem que os grupos humanos sejam classificados como raças distintas. Todavia, como vimos, a noção de raça muitas vezes esteve atrelada a julgamentos de hierarquização moral e intelectual entre os grupos.

---

[109] "As teorias racistas desenvolvidas na Europa baseavam-se principalmente em dois mitos: a) O primeiro partia da origem das nações européias, e dizia respeito à superioridade dos germânicos sobre os demais. Quando os povos do norte, suevos, godos, visigodos, vândalos destroem o Império Romano, a despeito da agressividade, da crueldade e da grosseria desses invasores; estes, ainda encontram aduladores, que visavam vingarem-se dos romanos, ou que pretendiam obter vantagens dos novos senhores. Os germânicos passam a ser apresentados como libertadores e melhores que os romanos". PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. p. 5 e 6. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1980.

[110] BARBUJANI Guido. *A invenção das raças.* Tradução Rodolfo Llari. São Paulo: Contexto, 2007. passim.

[111] "Por enquanto, podemos parar aqui, esperando entender um pouco melhor como é feita nossa diversidade genética. Mas aquilo que acabamos de dizer já nos permite definir um pouco melhor o que vem a ser uma raça. Em condições de isolamento recíproco, duas populações da mesma espécie começam a acumular diferenças. As mutações que acontecem numa não são as mesmas que acontecem na outra. Se não há trocas, se os indivíduos das duas populações não se encontram (porque estão separadas por um braço de mar ou por uma cadeia de montanhas), depois de algum tempo, as duas populações terão alelos diferentes, ou os mesmos alelos em freqüências diferentes. Formarão dois grupos geneticamente distintos, ou seja, pela definição à qual nos estamos atendo, duas raças. Se o isolamento dura mais, as duas raças continuarão a diversificar-se, a ponto de tornarem-se duas espécies distintas". Ibidem, p. 61.

> A invalidação científica do conceito de raça não significa que todos os indivíduos ou todas as populações sejam geneticamente semelhantes. Os patrimônios genéticos são diferentes, mas essas diferenças não são suficientes para classificá-las em raças. O maior problema não está nem na classificação como tal, nem na inoperacionalidade científica do conceito de raça. Se os naturalistas dos séculos XVIII-XIX tivessem limitado seus trabalhos somente à classificação dos grupos humanos em função das características físicas, eles não teriam certamente causado nenhum problema à humanidade. Suas classificações teriam sido mantidas ou rejeitadas como sempre aconteceu na história do conhecimento científico. Infelizmente, desde o início, eles se deram o direito de hierarquizar, isto é, de estabelecer uma escala de valores entre as chamadas raças. O fizeram erigindo uma relação intrínseca entre o biológico (cor da pele, traços morfológicos) e as qualidades psicológicas, morais, intelectuais e culturais. Assim, os indivíduos da raça "branca", foram decretados coletivamente superiores aos da raça "negra" e "amarela", em função de suas características físicas hereditárias, tais como a cor clara da pele, o formato do crânio (dolicocefalia), a forma dos lábios, do nariz, do queixo, etc. que segundo pensavam, os tornam mais bonitos, mais inteligentes, mais honestos, mais inventivos, etc. e conseqüentemente mais aptos para dirigir e dominar as outras raças, principalmente a negra mais escura de todas e conseqüentemente considerada como a mais estúpida, mais emocional, menos honesta, menos inteligente e portanto a mais sujeita à escravidão e a todas as formas de dominação.[112]

Por essa razão, se o conceito de raça perdeu importância para as ciências biológicas, permanece a relevância da noção de raça enquanto conceito social, que explica as relações de hierarquia entre os grupos com características diferentes.

> Nesse contexto, podemos compreender que a identificação de *raças* é, na realidade, uma construção social, política e cultural produzida no interior das relações sociais e de poder ao longo do processo histórico. Não significa, de forma alguma, um dado da natureza. É no contexto da cultura que nós aprendemos a enxergar as raças. Isso significa que aprendemos a ver negros e brancos como diferentes na forma como somos educados e socializados a ponto dessas ditas diferenças serem introjetadas em nossa forma de ser e ver o outro, na nossa subjetividade, nas relações sociais mais amplas.[113]

Dessa forma, a conclusão de que a comprovação científica da inexistência de raças humanas não teve o condão de eliminar a ideia de raça no seio da sociedade se impõe. Nesse ponto, retomando a assertiva de que a raça é compreendida de maneira diversa em diferentes contextos, cabe esclarecer que, no Brasil, o conceito de raça refere-se, primordialmente, a um conjunto de características físicas, e essa não é a regra em outros países, conforme explica Antonio Guimarães:

---

[112] MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. *Cadernos Penesb* (Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira), Rio de janeiro, UFF, n. 5, p. 15-34, 2004.
[113] Idem. *O negro no Brasil.* São Paulo: Global, 2006. p. 176.

> Aqui, talvez valha a pena traçar, ainda que em traços rápidos, as diferenças dos sistemas de classificação racial vigentes nos Estados Unidos, na Europa e no Brasil, de modo a evitar mal-entendidos e excesso de polissemia. O sistema norte-americano utiliza a regra de hipodescendência, ou seja, descendência traçada a partir do cônjuge inferiorizado socialmente, para traçar os limites dos grupos raciais, que são referidos abertamente como raças. O sistema europeu contemporâneo, desde o fim da Segunda Guerra, rechaça o termo raça e classifica os indivíduos, seja em termos culturais, etnias propriamente ditas, ou a partir da cor da pele, sem referência a descendência biológica. O sistema brasileiro também recusava o termo raça até recentemente, preferindo o de cor, e também não tem uma regra clara de classificação por descendência, mas utiliza outras marcas corporais, tais como cabelo, formato do nariz e dos lábios, para classificar os indivíduos em grupos. Se o termo raça era tabu até há pouco, hoje em dia usa-se correntemente o par "raça/cor" em recenseamentos e pesquisas de opinião, assim como no dia a dia se os utiliza como termos intercambiáveis. Pode-se, portanto, dizer, grosso modo, que o sistema estadunidense é o mais fechado de todos, posto que delimita com precisão os grupos de descendência; o sistema europeu é um pouco mais aberto, posto que o critério único de cor da pele permite maior trânsito entre os grupos, ainda que a categoria de pele "escura" possa dar origem a uma espécie de purgatório racial; finalmente, pode-se dizer que o sistema brasileiro, utilizando uma pluralidade de marcas físicas, possibilita a formação de vários grupos raciais entre o branco e o negro.[114]

Ademais, no Brasil, a noção de raça está presente de maneira desigual no imaginário de cada grupo populacional. A ideia de raça está presente no dia a dia do negro, a raça é um atributo acoplado a sua personalidade, definindo possibilidades e influenciando em suas experiências, em regra como cerceamento ou desconfiança. Ao passo que o branco não vivencia experiências no mesmo sentido, o que pode explicar a razão de ele nem sempre se ver como raça branca, vendo-se muitas vezes sem esse atributo:

> A raça como categoria social é um importante componente nas estruturas sociais, pois embora a ideia de raça biológica não faça mais eco entre os discursos científicos, a raça é uma categoria que diferencia, hierarquiza e subjuga diferentes grupos que são marcados fenotipicamente. Em outras palavras, apesar de não existir uma raça biológica, tanto brancos como negros são cotidianamente racializados em um processo relacional. Desta forma, podemos dizer que negros e brancos constroem a si mesmos e suas experiências em um mundo racializado, tendo como contraponto um ao outro. No entanto, esta relação não é simétrica, já que o racismo confere aos brancos a ideia de representantes de uma humanidade desracializada com valores neutros e transparentes. Assim, o branco aparece no imaginário e, portanto, nas experiências concretas dos indivíduos de nossa sociedade como sujeitos onde cor e raça não fazem parte de suas individualidades. Já o negro é percebido e significado como portador de raça – ou seja, é "o outro" racializado, representante de toda uma coletividade de sujeitos racializados em que tanto "raça" quanto "cor" fazem parte de suas experiências cotidianas.[115]

[114] GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Cidadania e retóricas negras de inclusão social. *Lua Nova*, São Paulo, v. 85, p. 13-40, 2012.
[115] SCHUCMAN, Lia Vainer. Racismo e antirracismo: a categoria raça em questão. *Psicologia Política*, v. 10, n. 19, p. 41-55, jan./jun. 2010.

Isso explica a incompreensão de parte daqueles que se insurgem contra as recentes políticas públicas brasileiras que têm por objeto o combate à discriminação e desigualdade racial. Inexistem raças cientificamente falando, e considerando que a parte dos que são contrários a essas políticas não se veem como integrantes de uma raça, é possível que encontremos nesse ponto a razão da agressividade contra as ações afirmativas de cunho racial.

Por fim, concordamos com a ideia de que, embora da perspectiva biológica, não existam raças humanas, o conceito de raça continua a ser necessário para a descrição de um elemento da realidade social[116]. Dito isso, passemos ao conceito de etnia, muitas vezes confundido com o conceito de raça.

2.1.2 Etnia

O conceito de etnia não se confunde com o de raça. O observador atento poderá reparar que não são poucas as situações em que essas duas palavras são utilizadas de forma indistinta, e por essa razão entendemos ser necessário indicar as diferentes ideias pertinentes a cada um dos termos. Como mencionamos anteriormente, a palavra raça já veiculou variadas noções, não só as diversidades físicas, mas também sociais, culturais, ancestrais. Além disso, fizemos referência ao uso moderno do termo, que se consolidou em torno das características fenotípicas. Por sua vez, o conceito de etnia guarda alguma proximidade com o conteúdo antigo do vocábulo raça, pois a etnia está relacionada à delimitação dos grupos em termos culturais. Essa distinção é adotada por Kabengele Munanga:

> O conteúdo da raça é morfo-biológico e o da etnia é sócio-cultural, histórico e psicológico. Um conjunto populacional dito raça "branca", "negra" e "amarela", pode conter em seu seio diversas etnias. Uma etnia é um conjunto de indivíduos que, histórica ou mitologicamente, têm um ancestral comum; têm uma língua em comum, uma mesma religião ou cosmovisão; uma mesma cultura e moram geograficamente num mesmo território.[117]

[116] "Uma vez atingido o estágio do não-racialismo e não-racismo científicos, ou seja, uma vez estabelecidas pelas ciências a inexistência de raças humanas e a inexistência de hierarquias inatas entre os grupos humanos, durante um bom tempo, precisaremos ainda usar a palavra 'raça' de modo analítico, para compreender o significado de certas classificações sociais e de certas orientações de ação informadas pela idéia de raça." GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Classes, raças e democracia*. São Paulo: 34, 2002. p. 53.

[117] MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. *Cadernos Penesb* (Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira). Rio de janeiro, UFF, n. 5, p. 15-34, 2004.

Na definição do professor da Universidade de São Paulo, verifica-se um ponto muitas vezes esquecido que poderia afastar a confusão entre os conceitos: no seio de uma determinada raça, pode ser encontrada mais de uma etnia. Nosso país, por exemplo, é dotado de enorme diversidade cultural, especialmente levando em conta as características de nossas regiões. Por isso, falar em etnia negra ou etnia branca nos parece unificar por demais algumas vivências características que ficariam esmaecidas com essas expressões. O linguajar, a culinária, a religiosidade baiana é distinta da amazonense, que é diferente a paulista etc.

Além disso, há mais uma razão para o uso da palavra etnia, menos pela proximidade de conteúdos e mais por um traço típico de nossa sociedade, a dificuldade de se falar em raça. O nosso hábito de negar a simples realidade dos fatos fez com que a palavra raça se enquadrasse como uma palavra forte por demais, inapropriada, geradora de certo desconforto, e na tentativa de se encontrar uma palavra politicamente correta, tem-se utilizado etnia. Da mesma forma como a palavra negro é substituída no dia a dia por moreno, ou, em um linguajar mais elaborado, por afro-brasileiro ou afrodescendente. Rigorosamente, afro-brasileiro traduz quem tem entre seus ancestrais alguma pessoa originária da África, e considerando que a imensa maioria de nossa população está nessa condição, o termo afro-brasileiro ultrapassaria o contingente negro de nossa população.

2.1.3 Preconceito

O preconceito não se confunde com a discriminação. Enquanto o primeiro repousa no interior do indivíduo, a segunda se realiza na exterioridade do sujeito. Preconceito está na esfera psicológica e diz respeito a noções falseadoras da realidade, que buscam justificar uma hierarquia socialmente construída. Em virtude do objeto de nosso trabalho, trataremos do preconceito em relação aos negros, porém, esse tipo de julgamento se estende a outros conjuntos de pessoas: mulheres, idosos, nordestinos, deficientes, obesos e outros.

Na sociedade escravista brasileira, o preconceito e a discriminação eram expedientes necessários, como explicou Florestan Fernandes:

> O preconceito racial era inerente ao modelo assimétrico de relações de raça, porque era um elemento necessário para basear as relações escravo-senhor, ou liberto-branco na ‘inferioridade natural’ dos negros e no eficiente rendimento da escravidão na subjugação dos escravos e libertos. Ao mesmo tempo, a

> discriminação era inerente à ordem social escravocrata e senhorial, em que eram rigorosamente prescritos o comportamento adequado, os trajes, a linguagem, as ocupações, obrigações e direitos do escravo e do liberto.[118]

Vale mencionar que o preconceito contra o negro é anterior ao sistema escravocrata, repousando nos mitos relacionados ao continente africano. A incapacidade de entender o outro se alterna entre a admiração e a repulsa:

> O mito, desta forma, torna-se suporte de ideologias. A imagem da África, construída através de incessantes mitologias, é reiterada e reitera a representação do negro ou do africano como um corpo preto. Assim, podemos dizer que o mito também narra aquilo que o olhar vê como exótico.
> Contudo, o exotismo não se limita ao movimento estético da admiração. Ele implica, ao mesmo tempo, uma tensão entre um fascínio e um repúdio, podendo facilmente transformar-se em um desejo de destruição do outro considerado estranho e ameaçador. Esse olhar exótico, que pode se revelar na forma de repúdio, é patente na identificação do negro como um demônio que gera terror.[119]

Exposto o conceito e sua origem, no que diz respeito ao preconceito racial, se faz importante dar destaque a uma especificidade em nossa sociedade. No Brasil, existe preconceito, mas não há pessoas que se reconheçam como preconceituosas, com raras exceções. O preconceito no brasileiro, ao menos em nossos dias, é velado. Não se diz mais que o negro é incapaz de atividades com destaque social na seara profissional, em verdade se diz que ele tem aptidão para outras atividades, socialmente vistas como menos prestigiadas, que privilegiam o uso do corpo e não do intelecto[120]:

> A outra dimensão encontrada no Brasil é caracterizada principalmente por uma afirmação de diferenças entre brancos e negros (afirmação de diferenças), em que os indivíduos tendem a supervalorizar características particulares e que exigem presumivelmente menor qualificação formal (bons dançarinos, ótimos cozinheiros) e generalizá-las aos negros como forma de disfarçar o preconceito. Embora pareça como um elogio, a idéia subjacente é de que brancos e negros são realmente diferentes, correspondendo à noção central de um preconceito disfarçado, sutil ou, simplesmente, moderno.
> […]
> Inicialmente soa como um elogio às habilidades dos negros, mas sutilmente assevera que estes são diferentes naquilo que tradicionalmente tem baixo *status*

[118] FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. 2. ed. São Paulo: Global, 2007. p. 91.
[119] SANTOS, Gislene Aparecida. Selvagens, exóticos, demoníacos: ideias e imagens sobre uma gente de cor preta. *Estudos afro-asiáticos*, Rio de Janeiro, v. 24, p. 275-289, 2002.
[120] Nosso preconceito não precisa ser coerente, se necessário for o bom dançarino negro tornar-se branco, como verificamos nas palavras de ator Rodrigo Lombradi: "Moleque, tem um cara que eu sou muito fã desde que sou criancinha. Eu acho que foi ele que me fez ser artista, juntamente com meu pai. Era um cara que na sua época, *assim, um negro, caolho, 1,50 m, chamado Sammy Davis Jr., que quando entrava no palco saía com 2 m de altura, loiro de olho azul* (risos). Você tem isso, você tem esse brilho." FREITAS, Williem Silva de; REIS, Joselina Rodrigues. A ideologia do racismo: entre o discurso do cotidiano e a materialização na mídia brasileira. *Revista da ABPN*, v. 3, n. 7, p. 129-140, mar/jun 2012.

> social e econômico. Esta forma de subjugar, discriminar e desvalorizar é benevolente apenas na aparência. É mais adequado tratá-lo como ambivalente: é elogiada e ressaltada a fragilidade do outro.[121]

2.1.4 Discriminação

Conforme expusemos acima, a discriminação se verifica na exterioridade do sujeito, é o comportamento decorrente do preconceito. A discriminação racial se manifesta de diversas maneiras, seja de forma institucional com a divisão patrocinada pelo Estado de lugares, posições e bens interditados aos negros, seja de forma menos ostensiva, e possivelmente por isso mais insidiosa e difícil de extirpar, como se dá em nossa sociedade, quando os negros recebem olhares e admoestações por estarem em lugares, posições ou na posse de bens tidos como inatingíveis para eles.

Embora a discriminação racial seja a face visível do racismo, ainda assim a sua existência, ao menos no Brasil, não é plenamente reconhecida. O mesmo se pode dizer sobre a contrapartida do racismo, a saber: a situação socialmente privilegiada por aquele que não é discriminado.

> O privilégio branco, presente em sociedades hierarquizadas racialmente, garante a idéia de humanidade apenas para os grupos raciais dominantes, a exemplo do grupo branco no Brasil. A imagem do humano normal é exclusiva destes e ela é a base utilizada para a construção de personagens do dia-a-dia na mídia, na escola, nas lojas, nos espaços de prestígio e em outros locais de relações sociais. Faz parte como inerente de estruturas institucionais que fazem com que os brancos sintam-se confortáveis enquanto os negros, sentem-se, nesses mesmos espaços, sem confiança por não possuírem esse capital social no momento de competição, a branquidade.[122]

2.1.5 Racismo

Alguma perplexidade nos toca ao desenvolvermos este tópico sobre racismo. Isso porque não nos limitaremos a expor o conceito do racismo e suas especificidades no Brasil. Não, em nosso país é preciso dar um passo atrás. É preciso lembrar as pessoas que o racismo existe. Enquanto a academia debatia a democracia racial e a crítica à democracia racial, a situação era de relativa calmaria. Entretanto, ao se tomarem medidas para

[121] SANTOS, Walberto Silva dos. (et al.). Escala do racismo moderno: adaptação ao contexto brasileiro. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11, n. 3, p. 637-645, set./dez. 2006.
[122] CONCEIÇÃO, Ísis Aparecida. *Os limites dos direitos humanos acríticos em face do racismo estrutural brasileiro*: programa de penas e medidas. p. 69. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

combater o racismo, vozes passaram a se alinhar contra essas iniciativas, utilizando-se dos argumentos mais variáveis, como o de que todos somos iguais perante a lei, ou de que a sociedade brasileira é racialmente harmoniosa.

Um acaso curioso é o fato de uma dessas vozes ser um homônimo deste que escreve. Em 15 de outubro de 2012, ele publicou no jornal Folha de São Paulo um artigo intitulado "A era das leis raciais", no qual critica o Estatuto da Igualdade Racial, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 186 e a proposta do governo de criar cotas para preenchimento de cargos no funcionalismo público. A crítica é sempre bem-vinda. Um argumento relevante, a ser tratado adiante, é a dificuldade de se definir quem é negro no Brasil. Nesse momento interessa-nos a conclusão do artigo: "Desta vez é para fazer o bem e reparar o mal, argumenta-se. Tenho dúvidas – e saudades do tempo em que ser moderno era não discriminar nem aceitar discriminação."[123].

De que "tempo" fala o articulista? Pois de acordo com o parâmetro por ele utilizado para definir o que é ser moderno, vê-se que o Brasil jamais foi moderno. Em realidade, esse pensamento ajuda a caracterizar o racismo no Brasil. Como dissemos, sendo o sujeito em condição privilegiada na relação racial, nem sempre o branco se vê como raça e também não é, em regra, discriminado em função desse atributo, enquanto o negro é discriminado cotidianamente[124].

Certa feita, adentrando ao edifício da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o autor desta dissertação foi interpelado com um trabalhador terceirizado que prestava serviços de vigilância com uma frase que muitos negros já escutaram: "onde você vai?". E, enquanto buscava compreender o acontecimento, percebi que o cidadão se colocava a minha frente, com o fito de obstruir-me a passagem. Por educação, disse-lhe: "vou ao banheiro". Ao que redarguiu: "o banheiro é para professores, alunos e funcionários". No momento não considerei o equívoco da afirmação, afinal, tratando-se de uma universidade pública aberta a todos, e considerando que a biblioteca costumava ser visitada por pessoas que não tinham vínculo direto com a universidade, assim, qualquer pessoa que estivesse lá dentro poderia utilizar-se do banheiro. Pensei tão somente: "nunca

[123] MOTA, Vinicius. A era das leis raciais. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 out. 2012. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/colunas/viniciusmota/1169103-a-era-das-leis-raciais.shtml>. Acesso em: 21 out. 2012.

[124] "O racismo permeia todas as etapas do ciclo de vida de um indivíduo negro ou mestiço no Brasil. O racismo está na família, ou seja, na primeira agência de socialização; o racismo está nas escolas, o racismo está em tudo que tem a ver com a produção simbólica da sociedade; o racismo está no mercado de trabalho; na violência policial. O racismo está, portanto, em todo o cotidiano das pessoas". SILVA, Nelson do Valle; HASENBALG, Carlos Alfredo. *Relações raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, IUPERJ, 1992. p. 151.

vi ninguém mais ser interpelado". Disse-lhe então: "sou estudante. O racismo no Brasil é uma lástima". Enquanto abria minha carteira para provar-lhe a condição de estudante, escuto uma voz que transparecia inquietação: "Não sou racista. Minha mulher é negra". Isso nos ajuda a compreender uma das especificidades do racismo no Brasil. Há quem acredite que o racismo é fenômeno caracterizado necessariamente pela absoluta rejeição ou ódio ao ser humano de raça diferente, contudo, o fenômeno é mais amplo e complexo. O comportamento racista também se verifica quando resulta de um prejulgamento de que o negro, até prova em contrário, não deveria pertencer a um espaço, ou ter certas qualidades e aptidões, ou condição econômica e o que mais aprouver ao racista considerar.

É o caso da violência sofrida por um funcionário da Universidade de São Paulo quando fazia compras em um supermercado. Enquanto aguardava seus familiares no estacionamento, foi abordado pelos seguranças do estabelecimento, uma vez que eles fizeram o juízo de que o cidadão, por ser negro, não poderia ser o proprietário do carro em questão. Considerado prontamente como ladrão, foi espancado:

> Tomado por suspeito de um crime impossível – o roubo do seu próprio carro, um EcoSport da Ford – o funcionário da USP, Januário Alves de Santana, 39 anos, foi submetido a uma sessão de espancamentos com direito a socos, cabeçadas e coronhadas, por cerca de cinco seguranças do Hipermercado Carrefour, numa salinha próxima à entrada da loja da Avenida dos Autonomistas, em Osasco. Enquanto apanhava, a mulher, um filho de cinco anos, a irmã e o cunhado faziam compras […]
> A chegada da viatura com três policiais fez cessar os espancamentos, porém, não as humilhações. "Você tem cara de que tem pelo menos três passagens. Pode falar. Não nega. Confessa que não tem problema", comentou um dos policiais militares, enquanto os seguranças desapareciam.[125]

Como nossa sociedade se caracteriza pela negação ao racismo, é possível que alguns, ao tomarem o conhecimento desse fato, podem ter pensado que o senhor Januário adotou um comportamento suspeito. Ainda que assim o fosse, pergunta-se: por qual razão a opção dos seguranças foi a agressão? Bastaria ter pedido o documento do carro. Igualmente, é pertinente perguntar: existe caso de agressão em supermercado a uma pessoa que estava ao lado de seu carro, sendo ela branca? Não temos conhecimento. Tão grave e revelador quanto a agressão foi a postura das autoridades encarregadas da obrigação de servir e proteger, que ironizaram a vítima e deixaram de deter os seguranças.

Certamente há quem considere esse um caso isolado. Acrescente-se então o caso do menino negro, etíope, adotado por um casal de espanhóis, que foi expulso de um

[125] HOMEM negro espancado, suspeito de roubar o próprio carro. *Afropress*, São Paulo, 13 ago. 2009. Disponível em: <http://www.afropress.com/noticiasLer.asp?ID=1965>. Acesso em: 2 nov. 2012.

restaurante em São Paulo. Enquanto aguardava seus pais retornarem do *buffet*, o garoto é abordado por um funcionário, que afirmou ter perguntado pelos pais do garoto. Não se sabe com certeza qual foi a resposta, todavia, sabe-se que a criança não falava português. O funcionário não teve dúvidas, arrastou o menino para fora do restaurante. Seus pais o encontraram na rua aos prantos. Não surpreenderá as declarações daqueles que tentarão explicar a situação pelo fato de o garoto não falar bem a nossa língua. Perguntaremos então: sabe-se de algum caso em que uma criança norueguesa, alemã ou outra com fenótipo branco, que por não falar nossa língua, foi expulsa de um restaurante?

Interessante a declaração da sócia do restaurante: "Nós não temos preconceito nenhum. Vocês podem ter certeza. Como ter preconceito no Brasil?"[126]. Pode-se compreender que a intenção foi expressar que o restaurante não adota a postura de discriminar intencionalmente as pessoas por seus atributos. Mas infelizmente no Brasil há preconceito.

É o que se observou no caso da estagiária que foi repreendida em seu trabalho por ter cabelo crespo. Já no primeiro dia de trabalho ela foi admoestada pela diretora do colégio por causa de seu cabelo. Dias depois, segundo seu relato, a mesma diretora lhe disse: "Como você pode representar nosso colégio com esse cabelo crespo?". O caso foi registrado na Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância[127].

No caso, a representação da instituição não poderia ser feita por uma mulher negra com seus traços característicos. O argumento é o da boa aparência. Todavia, em realidade, por trás do argumento encontra-se a hierarquização de padrões estéticos em que as características fenotípicas do negro são depreciadas[128]. Ou então encontremos algum caso em que uma mulher branca, com cabelo liso, tenha sido convidada a encaracolar o cabelo para representar a instituição em que trabalha.

O racismo também se expressa na nossa mais alta corte. Quando da posse do Ministro Joaquim Barbosa, diplomatas brasileiros negros foram impedidos de entrar no supremo, sendo que um foi conduzido para fora do edifício. No caso, temos mais um

---

[126] PINHO, Márcio. Sócia de restaurante nega racismo em caso envolvendo criança em SP. *G1*, São Paulo, 3 jan. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/01/nao-temos-preconceito-diz-socia-de-restaurante-que-expulsou-crianca.html>. Acesso em: 2 nov. 2012.

[127] SANTIAGO, Tatiana e SANT'ANNA, Emílio. Ator diz estar "enojado" com chefe que mandou negra alisar o cabelo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 8 dez. 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1018334-ator-diz-estar-enjoado-com-chefe-que-mandou-negra-alisar-o-cabelo.shtml>. Acesso em: 2 nov. 2012.

[128] "Ora, no mercado de trabalho, valores estéticos e comportamentais, que se traduzem na noção de 'boa aparência', são os grandes responsáveis pela discriminação dos negros e dos pobres.". GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Classes, raças e democracia*. São Paulo: 34, 2002. p. 68.

exemplo que de os negros não são esperados em certos lugares. Conforme a carta divulgada pelos diplomatas, eles relatam que estavam registrados no sistema de segurança do Supremo Tribunal Federal como suspeitos.

Interessante comentar as explicações oferecidas pelo Secretário de Segurança do Supremo para o incidente:

> Não satisfeitos com a explicação oferecida pelo Secretário de Segurança, perguntamos qual teria sido o "comportamento suspeito" de nossa parte. Após ressalvar que esse é um julgamento subjetivo dos agentes de segurança e que não teria sido ele próprio a formar esse juízo, enumerou os supostos motivos que lhe foram relatados pela equipe de segurança:
> 1 - Que nós teríamos aparência "muito jovem" para ser diplomatas. Registre-se, aqui, que o Senhor Carlos Frederico tem 45 anos e que o senhor Fabrício Prado tem 31 anos de idade, como atestam as carteiras de identidade emitidas pelo Ministério das Relações Exteriores, apresentadas à mesa de identificação já no dia 3 de outubro.
> 2 - Que os seguranças suspeitaram da veracidade dos documentos de identidade apresentados.
> 3 - Que, na saída da sessão do dia 3 de outubro, as suspeitas teriam sido reforçadas por termos, supostamente, saído "juntos" do STF, "com o passo acelerado", comportamento interpretado como tentativa de despistar os seguranças que nos seguiam.
> Cumpre esclarecer que, no dia 3 de outubro, deixamos o STF em momentos distintos, o que não condiz com o relato que, segundo o Secretário de Segurança, lhe teria sido feito por sua equipe. Além disso, nunca nos demos conta de que estávamos sendo seguidos nem apressamos passo algum. Todas estas revelações nos causaram desconforto ainda maior com relação aos incidentes.[129]

Percebe-se que um comportamento banal, andar apressadamente, aliás, negado pelos diplomatas, seria suficiente para considerar dois negros suspeitos. Quantas pessoas já não saíram às pressas do Supremo Tribunal Federal ou qualquer outra corte para cuidar de seus afazeres? Não sabemos de outras pessoas barradas em seu retorno por esse motivo.

Os casos relatados não exaurem todas as ocorrências de racismo que tiveram repercussão na mídia, todavia não é nosso escopo neste trabalho fazer um relato de todos os insultos de que os negros são vítimas, eles são uma amostra da qual podemos retirar algumas conclusões.

O racismo se expressa no Brasil por preconceitos e discriminações. O preconceito é o juízo de que um negro, *a priori*, não é estudante de universidade pública, ou não é proprietário de um carro um pouco mais caro que o usual ou não pode ser profissional de uma carreira destacada, no caso dos diplomatas. A discriminação se expressa no ato de barrar o acesso do cidadão ou da cidadã negra, ou então de sua expulsão

[129] BERGAMO, Mônica. Leia a carta de diplomatas negros barrados no STF. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 out. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/1168343-leia-carta-de-diplomatas-negros-barrados-no-stf.shtml>. Acesso em: 2 nov. 2012.

de um estabelecimento ou de uma instituição, bem como a falta de socorro por parte das autoridades policiais.

Uma segunda conclusão é a constante negativa de prática de ato racista. Essa é uma das características no racismo no Brasil. Há racismo, mas não há racistas. O ato racista é sempre um mal-entendido, e sempre isolado. Porém, não temos ciência de que esses males entendidos atinjam indistintamente as pessoas no Brasil, ao contrário, percebe-se com muita nitidez que a origem dos incidentes está relacionada à raça negra. Isso é racismo:

> O racismo é um comportamento, uma ação resultante da aversão, por vezes, do ódio, em relação a pessoas que possuem um pertencimento racial observável por meio de sinais, tais como cor de pele, tipo de cabelo, formato de olho etc. Ele é resultado da crença de que existem raças ou tipos humanos superiores e inferiores, a qual se tenta impor como única e verdadeira.[130]

Entretanto, conforme dissemos acima, atualmente, na discussão sobre o preconceito e a discriminação raciais é preciso dar um passo atrás, pois se faz necessário debater sobre a existência de racismo na sociedade brasileira. No contexto dos avanços jurídicos e políticos que o movimento negro conseguiu na pauta de reivindicações de medidas reparadoras do passado escravista, recrudesceram as manifestações daqueles que entendem inexistir racismo na sociedade brasileira.

Em um dos livros de maior repercussão na opinião pública – *Não somos racistas: reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*, Ali Kamel reuniu os argumentos que geralmente são relacionados quando se questiona a existência de racismo no Brasil e da adoção de políticas públicas de cunho racial. De início, expõe sua leitura da obra de Freyre:

> Freyre não foi o autor do conceito de "democracia racial", não foi ele quem cunhou o termo, hoje tão combatido. Aliás, era avesso a tal conceito, porque o que ele via como realidade era a mestiçagem e não o convívio sem conflito entre raças estanques. Usou em discursos a expressão uma ou duas vezes, a partir da década de 1960, mas sempre como sinônimo de um modelo em que a miscigenação prevalece. Jamais edulcorou a escravidão.
> […]
> O papel de Freyre, porém, foi outro, muito mais marcante. No debate com o pensamento majoritário de então, o que Freyre fez foi resgatar a importância do negro para a construção de nossa identidade nacional, para a construção da nossa cultura, do nosso jeito de pensar, de agir e de falar. Ele enalteceu a figura do negro, dando a ela sua real dimensão, sua real importância. A nossa miscigenação, concluímos depois de ler Freyre, não

[130] MUNANGA, Kabengele. *O negro no Brasil.* São Paulo: Global, 2006. p. 179.

> é a nossa chaga, mas a nossa principal virtude. Hoje, quando vejo o Movimento Negro depreciar Gilberto Freyre, detratando-o como a um inimigo, fico tonto. Os ataques só podem ser decorrentes de uma leitura apressada, se é que decorrem mesmo de uma leitura.[131]

O argumento está inserido em uma disputa sobre o lugar a ocupar a noção de democracia racial e a obra de Gilberto Freyre. Correta a necessidade de se enquadrar as obras de Freyre, e em vista da discussão ora trazida, em especial o livro *Casa-Grande & Senzala*, no contexto da época em que foi publicado, no qual a presença do negro condenava a nação brasileira à degeneração. O consenso em torno das teorias raciais do século XIX tinha como resultado a ideia de que a miscigenação implicava na deterioração das características positivas de cada raça. Além disso, ainda consoante essa ideologia, entre as raças havia uma hierarquia, de modo que a raça negra seria inferior à branca. Razão pela qual os governantes optaram por políticas voltadas à imigração de europeus, a fim de diminuir a proporção de negros no conjunto populacional. Freyre foi importante para uma revisão dessa perspectiva, valorizando a miscigenação e a participação do negro na formação de nosso país. Como veremos adiante, essa mudança foi feita com base no argumento da existência da uma relação relativamente harmônica entre escravo e senhor. Entretanto, independentemente da interpretação sobre as intenções de Gilberto Freyre, seu posicionamento serviu como fundamento para a construção da ideia de existência de uma democracia racial, que caracterizaria a sociedade brasileira, resultando na invisibilidade do preconceito e da discriminação para com os negros e também da situação de desigualdade no acesso aos bens da vida em relação aos demais grupos raciais. De fato, a defesa de Gilberto Freyre se coaduna com a visão de que a democracia racial no Brasil constitui-se um objetivo a ser atingido e não um engodo para se olvidar o sofrimento negro, mas essa visão deixa de observar as consequências do mito da democracia racial para o enfrentamento das desigualdades.

Com base nesse arranjo teórico, Kamel desenvolve a ideia de que, embora exista racismo no Brasil, pois existiria em todos os lugares, os brasileiros não seriam racistas, no sentido de que o racismo não seria uma marca de nossa sociedade. Ademais, considera equivocada a existência de um preconceito de marca, que estaria presente em nosso país, em distinção ao preconceito de origem, presente, por exemplo, nos Estados Unidos da América.

[131] KAMEL, Ali. *Não somos racistas*: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2009. p. 18 e 19.

> Não me agrada, portanto, essa diferença entre racismo de origem e racismo de marca, por mais engenhosa que ela seja. Sei que estou na contramão das interpretações sobre a obra de Oracy, aplaudido por nos reconhecer como diferentes. Mas é o que eu digo: ele não faz isso com o propósito de nos diferenciar, mas de explicar que, apesar das diferenças, somos iguais. Apesar de aparentemente diferentes, brasileiros e americanos são igualmente racistas. [132]

Porém, a questão deve não se circunscrever ao apreço ou não em relação a uma teoria, e sim a sua consistência enquanto pensamento capaz de explicar, adequadamente ou não, uma característica da realidade, e atingindo esse objeto, possibilita a reflexão sobre como intervir conscientemente sobre essa realidade. Sabendo que não basta o desagrado com a proposta de Oracy Nogueira, Kamel apresenta como explicação para as situações, segundo ele, erroneamente interpretadas como racismo, o preconceito e a discriminação de classe. Em verdade, esse argumento não é novo, sendo utilizado há décadas:

> Ao lado disso, a nossa miscigenação é uma realidade e derruba por terra o argumento de que somos estruturalmente racistas. Não podemos ser. Um dado, a miscigenação, desmente o outro, o racismo. Evidentemente, como sempre me preocupo em dizer, o racismo existe aqui como em todo lugar, mas não é, nem de longe, uma marca de nossa identidade nacional. Analisando bem de perto, é o "classismo" a razão oculta por trás da maior parte de manifestações aparentemente racistas. Como os negros são a maioria entre os pobres, uma relação automática e inconsciente entre pobreza e negritude se estabelece, e o preconceituoso destrata o negro.[133]

A consideração é incongruente, pois mesmo que se assuma o argumento do preconceito de classe, quando o autor afirma que o fato de o preconceituoso destratar alguém tão somente por esse alguém ser negro, ele aponta para a existência do racismo. Segundo suas próprias palavras, a relação entre o negro e a pobreza se estabeleceria automaticamente e o sujeito seria discriminado por suas características fenotípicas. Ora, isso se chama racismo. Ademais, não se justifica o pressuposto subjacente à sua posição, qual seja, a impossibilidade de coexistirem o preconceito de classe e de raça como determinantes para o comportamento racista. Observe-se que como consequência da posição de Kamel, se o cidadão negro demonstrar, por sua vestes, maneiras, linguajar, não ser pobre, ele estaria livre de ser discriminado. Ainda que isso bastasse, já seria grave o suficiente para que nos preocupássemos com o preconceito e discriminação que sofrem as

[132] KAMEL, Ali. *Não somos racistas*: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2009. p. 23.
[133] Ibidem, p. 103.

pessoas mais pobres[134]. Porém, retomando os casos citados no início deste tópico, verificamos que a hipótese explicativa apresentada por Kamel é insuficiente para todas as manifestações de racismo. No caso dos diplomatas que se dirigiam à cerimonia em que o Ministro Joaquim Barbosa assumiu a presidência do Supremo Tribunal Federal, é de se pressupor que eles estivessem formalmente trajados. E ainda que não o estivessem, a própria necessidade de o cidadão negro precisar vestir de forma A ou B, para evitar a discriminação, é a prova cabal de que ele sofre preconceito e discriminação.

Por derradeiro, a utilização da categoria de classe para se referir a um conjunto de pessoas caracterizadas por seus traços fenotípicos é um uso inapropriado do conceito, em descompasso com os usos presentes na sociologia:

> […] a invisibilidade da discriminação racial no Brasil se deve ao fato de que os brasileiros, em geral, atribuem, à discriminação de classe a destituição material a que são relegados os negros. O termo "classe", utilizado dessa maneira, passa a significar, ao mesmo tempo, condição social, grupo de *status* atribuído, grupo de interesses e forma de identidade social. Além disso, para muitos falar em discriminação racial significaria incorrer num equívoco teórico, já que não existem raças humanas.
> Ficamos, portanto, presos em duas armadilhas sociológicas, quando pensamos o Brasil contemporâneo. Primeiro, o conceito de classes não é concebido como podendo referir-se a uma certa identidade social ou a um grupo relativamente estável, cujas fronteiras sejam marcadas por formas diversas de discriminação, baseada em atributos como a cor – afinal é esse o sentido do dito popular, de senso comum, de que a discriminação é de classe e não de cor. Segundo, o conceito de "raças" é descartado como imprestável, não podendo ser analiticamente recuperado para pensar as normas que orientam a ação social concreta, ainda que as discriminações a que estejam sujeitos os negros sejam, de fato, orientadas por crenças raciais.[135]

2.2 A questão racial no Brasil

2.2.1 O silêncio eloquente

Desde o início do século XIX, no Brasil, podemos encontrar questionamentos sobre o regime escravista. As revoltas populares que eclodiram no período deram ensejo a discussões sobre a libertação do negro, mas como regra geral os escravocratas se opuseram a tal iniciativa, enquanto os elementos mais progressistas almejaram contar com o apoio dos negros nas suas lutas contra o governo. No mesmo século, iniciaram-se as pressões

[134] "É importante chamar a atenção para a legitimidade que adquiriram no Brasil o preconceito e a discriminação contra os pobres. Essa legitimidade se expressa na justificativa dada para os casos inegáveis e reconhecidos de discriminação de pessoas negras". GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Classes, raças e democracia*. São Paulo: 34, 2002. p. 66.
[135] Ibidem, p. 47.

inglesas contra o tráfico de escravos, resultando na Lei Eusébio de Queiroz, de 1850. Ainda em meados do século XIX tem início a imigração de europeus para o desempenho das atividades laborais. São todas situações que implicaram no derretimento lento e constante da escravidão brasileira. Nesse passo, nas décadas finais do século XIX, assiste-se ao surgimento de uma nova preocupação, qual seja: o que seria da nação brasileira após a escravidão? Qual o destino dessa população de composição heterogênea?[136]

Os responsáveis pela condução política do nosso país e os intelectuais da época consideravam que o Brasil estava condenado à degeneração por ser constituído de uma raça impura, porque miscigenada, e em especial pela marcante presença do negro, que consoante o censo de 1890 constituía a maioria da população[137]. Isso se deve à adesão às teorias racistas europeias e à persistência do preconceito e a discriminação, que conforme dito acima, foram expedientes necessários ao regime escravista.

Nesse quadro, a situação do negro no Brasil era gravíssima. Digo negro e não escravo porque o negro livre ou liberto estava em constante perigo, uma vez que o negro jamais poderia ter segurança na sua situação de liberdade. A alforria poderia ser revogada[138] e, além disso, o negro poderia a qualquer momento ser reduzido novamente a escravo por captura, quando não simplesmente assassinado[139]. Assim, o sofrimento não estava presente somente no cotidiano do escravizado, os estigmas da escravidão acompanhariam o negro mesmo após a concessão da cidadania em 1888.

As leis anteriores à abolição dão a tônica do desinteresse pela sorte do escravo e do negro por parte do nosso Império e que não se alterou com o surgimento da República. A Lei do Ventre Livre, de 1871, estabeleceu que a partir de sua promulgação,

---

[136] "Nesse como em outros casos, a mestiçagem existente no Brasil não só era descrita como adjetivada, constituindo uma pista para explicar o atraso ou uma possível inviabilidade da nação. Não se trata aqui de acumular casos e citações, mas, antes, de sublinhar uma nova representação da mesma nação. Ao lado de um discurso de cunho liberal, tomava força, em finais do século passado, um modelo racial de análise, respaldado por uma percepção bastante consensual. De fato, a hibridação das raças significava nesse contexto 'um tumulto', como concluía o jornal *A Provincia de São Paulo* em 1887". SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças:* cientistas, instituições e questão racial. São Paulo: Companhia das letras, 1993. p. 13.

[137] O Censo de 1890, possivelmente o primeiro com boa cobertura da população brasileira, apontava que 56% dos brasileiros eram negros. INSTITUTO DE PESQUISA ECÔNOMICA APLICADA. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil:* 120 anos após a abolição. Brasília: IPEA, 2008, p. 97. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/Livro_desigualdadesraciais.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2012.

[138] PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. p. 85. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1980.

[139] "Negros alforriados morando na solidão dos sertões poderiam – imediatamente ou nas gerações seguintes – ser considerados quilombolas e capturados por capitães-do-mato em busca de recompensa. Reputada quilombola, uma família negra isolada, composta de pai, mãe e de três filhos corria o perigo de ser capturada, cativada e eventualmente massacrada: a criminalização da fuga de escravos negros se transforma numa ameaça mortal a todo núcleo autônomo de negros livres no território brasileiro". ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *O trato dos viventes:* formação do Brasil no Atlântico Sul. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 345.

todo aquele nascido de escrava seria livre. No parágrafo seguinte, no entanto, se estabeleceu que os filhos menores ficariam sob a autoridade dos proprietários de sua mãe. Lembremos que os proprietários conheciam a linguagem da exploração e da chibata. Quando a criança atingisse a idade de oito anos, ao senhor proprietário a lei estabelecia duas faculdades: ou ele poderia se servir do trabalho da criança até que ela atingisse a idade de 21 anos, ou seja, poderia mantê-la como escravo por mais treze anos; ou então teria de se resignar com o recebimento de polpuda indenização. Além disso, em determinadas situações, como no caso de abandono ou castigo excessivo, os menores deveriam ser entregues ao governo que poderia depois cedê-los a outros particulares. Na prática, muitas dessas crianças foram simplesmente largadas nas ruas e nas praças.[140] A Lei dos Sexagenários, de 1885, ao conceder a liberdade aos escravos idosos (aqui vale lembrar a reduzida expectativa de vida dos escravos) possibilitou o abandono daqueles que já haviam sido exaustivamente explorados e que pela idade não poderiam mais oferecer formosos lucros ao senhor.

Não se trata de desconsiderar que essas leis efetivamente contrariaram interesses escravocratas, mas sim que na medida em que representaram golpes contra o regime escravista, ainda que tímidos, elas também demonstram que a sorte do liberto não compunha o cerne das preocupações de todos os abolicionistas. A proposta era modernizar o país, o que significava eliminar os entraves para o estabelecimento de relações de trabalho nos moldes do países capitalistas avançados, conforme Ianni:

> A liberdade que se dá ao escravo é a liberdade de oferecer-se no mercado de trabalho, como mão-de-obra apenas. Trata-se de eliminar qualquer vínculo rígido e permanente do trabalhador com os meios de produção. Por isso, o negro e o mulato *são declarados* livres, trabalhadores livres de apresentar-se no mercado de trabalho, de conformidade com as necessidades das unidades produtivas. Assim, estas podem organizar-se e modificar-se em função da produção do lucro. Com o deslocamento do escravo da esfera dos meios de produção, os empreendimentos produtivos podem racionalizar-se com mais liberdade, sem o obstáculo representado pela presença de capital imobilizado em caráter permanente em escravaria.[141]

Certo que os abolicionistas foram vozes importantes no movimento que resultou na extinção da escravidão legal no Brasil, mas é preciso rever a áurea que os

[140] "A Lei do Ventre Livre pode ser chamada também de Lei da Infância Abandonada, visto que se tornou comum o fato desses menores livres serem simplesmente abandonados por descaso ou arrependimento dos particulares ou dos senhores sob cujos cuidados se encontravam". PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. p. 59. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1980.
[141] IANNI, Octavio. *Raças e classes sociais no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 320.

cercavam, dando destaque também a diversos outros fatores que tiveram importância fundamental para o êxito da empreitada:

> Para entender a ação recíproca das forças que levaram à abolição da escravatura no Brasil, é necessário compreender duas mudanças fundamentais na vida econômica e social brasileira. Uma consistiu na ascensão das exportações de café e na expansão das novas regiões cafeeiras; a outra, no crescimento e importância das cidades.
> […]
> A impetuosa prosperidade da região cafeeira de São Paulo propiciou a ascensão de um novo grupo de homens. Aqui, os grandes fazendeiros do café não eram dominados por tradições de um passado senhorial mas provinham de grupos menos favorecido de pequenos proprietários ou de negociantes.
> […]
> Nesta altura, os centros urbanos estavam cheios não só de um número sempre maior de negociantes e burocratas diretamente ligados à economia de exportação, mas também de empresários industriais, engenheiros, oficiais e os filhos da velha aristocracia que absorveram os valores destes novos grupos. Partilharam o interesse pela mudança e pelo "progresso", a crença numa sociedade caracterizada pela mobilidade social e pelo individualismo e numa economia dominada pela mola do lucro.[142]

No já mencionado estudo sobre a assimilação das ideias contrárias à escravidão, originárias dos iluministas europeus, por parte dos intelectuais brasileiros no século XIX, Antonio Penalves Rocha demonstra que a questão humanitária não foi o argumento central das primeiras gerações de abolicionistas:

> Quanto à ênfase, verifica-se que os autores, salvo José Bonifácio, que balanceou a distribuição dos assuntos, deram destaque aos efeitos nocivos causados pela escravidão ao Estado e à economia, relegando a segundo plano a crítica humanitária da mesma instituição. Assim, uma comparação entre os textos antiescravistas dos europeus com os dos brasileiros permite verificar que esses últimos inverteram a ênfase dada pelos primeiros aos assuntos: a questão humanitária, prioritária para os europeus, tornou-se secundária para os brasileiros, do mesmo modo que a questão da ameaça da escravidão à segurança do Estado e à prosperidade, que era secundária, tornou-se prioritária. Aliás, são escassos os comentários dos brasileiros sobre as condições de vida dos escravos, indicativo de que, a seus olhos, não havia nada de extraordinário a respeito de uma matéria que lhes parecia "natural". Tanto é assim que Maciel da Costa chegou até mesmo a afirmar que, através de "vidros de engrossar", os "amigos da humanidade" cometem exageros ao retratar a escravidão, e Silva Lisboa recusou-se a censurá-la, sob o argumento de que "seria crueza magoar uma chaga, que talvez não se possa curar".[143]

Por essa razão, os abolicionistas deram por concluída sua tarefa com a promulgação da Lei Áurea em 1888, sem se cogitar do amparo ao ex-escravo:

---

[142]GRAHAM, Richard. *Escravidão, reforma e imperialismo*. Tradução Luiz João Caio. São Paulo: Perspectiva, 2004. passim.
[143] ROCHA, Antonio Penalves. Ideias antiescravistas da Ilustração na sociedade escravista brasileira. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 20, n. 39, p. 37-68, 2000.

> O que há de genuíno é o caráter assumido pelo antiescravismo no Brasil. Aqui ele foi assimilado por alguns letrados ligados ao governo, os quais se limitaram a pleitear reformas da escravidão a serem efetuadas pelo Estado em benefício da sua própria conservação e da prosperidade nacional, visando garantir a preservação do *status quo* da elite; tanto foi assim que esses autores criticaram a escravidão negra sem nada discutir sobre os destinos dos homens negros escravizados.[144]

Na luta pelo fim da escravidão, um fator fundamental para a desarticulação do regime foi a Guerra do Paraguai, entre 1864 e 1870, uma vez que o Império se serviu do braço negro para conseguir a vitória militar. Ao final da guerra, os negros não depuseram suas armas e passaram a articular a fuga massiva de negros escravizados[145].

Assim, relativizado o humanismo abolicionista e tendo em vista o conjunto de fatores que resultaram no fim da escravidão legal, podemos avançar rumo a como se entendia a questão racial no Brasil. Antes, porém, se faz necessário considerarmos a forma pela qual a força de trabalho escravizada lidou com a consolidação do regime de trabalho livre.

O escravo reconhecia que sua condição de coisa e não de pessoa se expressava sobretudo no trabalho forçado. Em função dos interesses egoístas do proprietário é que o escravo era obrigado a trabalhar, sofria castigos e humilhações, o que motivava sua repulsa ao trabalho:

> Se nos voltarmos, contudo, à história real, ao escravo *real*, a dialética se nos apresenta como o oposto da hegeliana. Porque o escravo real só conquistava a consciência de si mesmo como ser humano ao *repelir* o trabalho, o que constituía sua manifestação mais espontânea de *repulsa* ao senhor e ao estado da escravidão.[146]

Esse sentimento implicou na rejeição do cidadão negro, após abolição, ao trabalho livre[147], resultando na sua inadaptação à nascente sociedade competitiva do final do século XIX:

---

[144] ROCHA, op. cit.

[145] "Enquanto belíssimas páginas são escritas pelos abolicionistas sobre a liberdade: o negro sofrido é bem mais prático; forma grupos armados (Caiphases), desorganizando irremediavelmente o trabalho escravo. A longa permanência nos campos de batalha lutando lado a lado trouxe para a rebelião dos escravos muitos brancos que passaram a colaborar na organização de fugas maciças". PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. p. 52. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1980.

[146] GORENDER, Jacob. *O escravismo colonial*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1992. p. 63

[147] Gorender pontua que o liberto já demonstrava rejeitar o trabalho: "Com freqüência, a atitude negativa do escravo diante do trabalho se prolongava no liberto. Este ostentava sua condição de homem livre através do

> Primeiro, o negro não fora adestrado previamente, como *escravo* ou *liberto*, para os papéis socioeconômicos do trabalhador livre. Por isso, ele não possuía nem o treino técnico, nem a mentalidade, nem a autodisciplina do assalariado. Ao ver-se e sentir-se *livre*, queria ser literalmente tratado como HOMEM, ou seja, como "alguém que é senhor do seu nariz". Tais disposições redundaram em desajustamentos fatais para o negro e o mulato.[148]

Todavia, essas constatações não foram partilhadas pelas pessoas no contexto pós-abolicionista, servindo, ao contrário, para justificar o pensamento de que o negro seria incapaz de trabalhar sem que fosse forçado para tanto. Isso serviu como argumento para reforçar as ideias racistas europeias que aportaram em nosso país nesse período e que se estabeleceram com força no início do século XX. Era a primeira vez que a sociedade brasileira passava pelo questionamento da hierarquia social senhor x escravo, branco x negro:

> É nesse sentido que o tema racial, apesar de suas implicações negativas, se transforma em um novo argumento de sucesso para o estabelecimento de diferenças sociais. Mas a adoção dessas teorias não podia ser tão imediata nesse contexto. De um lado, esses modelos pareciam justificar cientificamente organizações e hierarquias tradicionais que pela primeira vez – com o final da escravidão – começavam a ser publicamente colocadas em questão. De outro lado, porém, devido à sua interpretação pessimista da mestiçagem, tais teorias acabavam por inviabilizar um projeto nacional que mal começara a se montar.[149]

As teorias racistas vieram justificar a manutenção da desigualdade racial. Nina Rodrigues, sem considerar os efeitos da escravidão, os reinos e impérios africanos e a cultura do Egito Antigo, teve a oportunidade de dizer:

> No entanto, os destinos de um povo não podem estar à mercê das simpatias ou dos ódios de uma geração (o autor se refere à simpatia injustificada aos negros em virtude da campanha abolicionista). A ciência, que não conhece estes sentimentos, está no seu pleno direito exercendo livremente a crítica e estendendo com a mesma imparcialidade a todos os elementos étnicos de um povo. Não o pode deter a confusão pueril entre o valor cultural de uma raça e as virtudes privadas de certas e determinadas pessoas. Se conhecemos homens negros ou de cor de indubitável merecimento e credores de estima e respeito, não há de obstar esse fato o reconhecimento desta verdade – que até hoje não se puderam os negros constituir em povos civilizados.[150]

---

desprezo pelo trabalho e da supervalorização do ócio. Com o que apenas manifestava a assimilação dos valores da sociedade escravista". GORENDER, loc. cit.

[148] FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. 2. ed. São Paulo: Global, 2007. p. 109.

[149] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial*. São Paulo: Companhia das letras, 1993, p. 18.

[150] RODRIGUES, Nina. *Os africanos no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1976. p. 4.

Na época existiam outras propostas teóricas para explicação das diferenças entre as nações e a evolução da humanidade. Com um viés mais próximo ao pensamento da Ilustração, existia o pensamento de que a humanidade teria tido a mesma origem e que as diferenças culturais constituiriam estágios de uma evolução natural e linear, o que deveria irmanar os que se consideravam civilizados com os que eram vistos como atrasados. Existia também a tese do determinismo geográfico, segundo a qual o meio seria elemento definidor das possibilidades de cada povo. A despeito dessas teses, se consolidou no Brasil o pensamento determinista de viés racial. Porém, com a adoção dos postulados racistas, se consolidou o pessimismo quanto aos destinos de nosso país. A miscigenação resultaria na perda das características positivas da cada raça, sem desconsiderar a hierarquia entre elas, o que levaria à degeneração da sociedade:

> No que se refere à forma como a miscigenação e a questão racial foram pensadas durante a crise final do escravismo e o período que a ela se seguiu, basta apontar aqui duas posições. A primeira, derivada do racismo científico do final do século passado e que tem em Nina Rodrigues a sua figura mais destacada, postulava não só a inferioridade racial do negro e do índio, como também a suposta degenerescência dos mestiços, com todas as implicações pessimistas dela decorrentes para o futuro do País.[151]

A solução não tardou a aparecer para as nossas elites, tratou-se de aproveitar os benefícios que poderiam vir da miscigenação no que diz respeito à diminuição das tensões raciais[152] ao mesmo tempo em que se cuidava de "melhorar" a qualidade do sangue brasileiro, estimulando o embranquecimento da população:

> Ainda em 1890, o governo republicano recém-instituído publica o Decreto n.º 528, de 20 de junho, onde se institui a livre entrada de migrantes nos portos brasileiros, "excetuados os indígenas da Ásia ou da África, que somente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admitidos, de acordo com as condições estipuladas". Esse mesmo decreto garante incentivos a todos os fazendeiros que quisessem instalar imigrantes europeus em terras.[153]

Paralelamente à tentativa de embranquecer a população, os intelectuais realizaram acomodações em relação ao prognóstico lógico das teorias raciais. Os

---

[151] SILVA, Nelson do Valle e HASENBALG, Carlos Alfredo. *Relações raciais no Brasil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1992. p. 68-69.

[152] "Já na concepção das elites da época, a miscigenação era encarada pragmaticamente. A mistura racial era vista como um amortecedor de conflitos sociais – e aqui a comparação com os Estados Unidos é uma constante – e constituía elemento crucial do projeto nacional de branqueamento". Ibidem, p. 69.

[153] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*, Brasília: Ipea, 2008, p. 97. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/Livro_desigualdadesraciais.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2012.

posicionamentos foram diferentes. Houve quem considerasse que o negro gradualmente passaria a representar um percentual cada vez menor do conjunto populacional, até o momento em que simplesmente desapareceria.

Outros, perante a inconsistência da tese do embranquecimento, começaram a considerar que a miscigenação não levaria necessariamente à degeneração social. Passou-se a timidamente defender que a miscigenação poderia ter aspectos positivos. Lilia Schwarcz pontua, contudo, que o apelo à miscigenação não se confunde com o apelo à igualdade racial:

> Apesar do "elogio à mestiçagem", não se deve incorrer no engano de procurar em Silvio Romero um defensor da igualdade entre os homens. Ao contrário, esse pensador foi um fiel seguidor do determinismo racial. 'Não tenhamos preconceito, reconheçamos as diferenças', dizia o intelectual em 1887, como que anunciando um momento em que o poligenismo constituía uma verdade tão absoluta quanto a famosa igualdade declarada pela Ilustração.[154]

De todo modo, fato é que até meados de 1920, a questão racial no Brasil resumia-se ao diagnóstico dos males da mestiçagem e da presença do negro em nossa população, motivando as políticas implementadas pela República que buscavam o embranquecimento populacional, o que de fato ocorreu, pois em 1940, os negros constituíam 35,8% dos que habitavam o Brasil[155]. Porém, em relação à contribuição do negro para a construção do Brasil, como agente de trabalho quase exclusivo por mais de três séculos, bem como sua contribuição para formação de nossa cultura, houve profundo silêncio. Como consequência, a República se omitiu perante as dificuldades vivenciadas por esse contingente populacional na nova ordem competitiva. Marginalizados do mercado de trabalho e sem instrução, os negros demoraram para compreender a necessidade de reorientação do seu sentimento diante da atividade laboral.

2.2.2 A democracia racial

[154] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças:* cientistas, instituições e questão racial. São Paulo: Companhia das letras, 1993. p. 154.

[155] "A próxima contagem de cujas informações ainda dispomos é o Censo de 1940, no qual a população negra tinha caído a meros 35,8% da população brasileira total. Esta impressionante queda nada tem de misteriosa: conforme documentado por Levy (1974), de 1890 a 1930, mais de três milhões de europeus brancos imigraram para o Brasil. Isso equivale a 36% da população brasileira em 1890, que era de pouco mais de 14 milhões de pessoas, e foi o suficiente para mudar totalmente a composição racial da população brasileira.". INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, op. cit.

O despreparo do antigo agente de trabalho escravo diante das novas imposições do mercado de trabalho competitivo resultou na consolidação da posição dos negros na base da pirâmide social. Com o correr do tempo, o negro passou a compreender as possibilidades que a sociedade competitiva poderia oferecer, ou as possibilidades que ela aparentava oferecer. De todo modo, nos anos vinte[156], com o surgimento dos primeiros jornais destinados especificamente ao público negro, o diagnóstico da inadaptação para os ditames capitalistas foi exposto em termos precisos. Foi no seio dessas publicações que floresceu a ideia de que no Brasil poderia haver espaço para a valorização da contribuição do índio e do negro na construção do país, numa tentativa de reorientar as considerações no sentido da inviabilidade da nação brasileira:

> A intenção por trás da publicação de artigos sobre a questão do negro no Brasil era a de afirmar uma identidade brasileira que levasse em consideração o papel do negro no progresso econômico do país. Antes mesmo que Gilberto Freyre estabelecesse as bases da idéia de democracia racial, valorizando o papel do negro na constituição da sociedade brasileira, os jornalistas de *O Clarim da Alvorada* já refletiam sobre um imaginário nacional onde a população negra, assim como a indígena, pudesse ocupar o espaço de protagonista.[157]

Contudo, foi Gilberto Freyre quem logrou colocar em xeque o consenso em torno das teorias racistas por meio de uma nova visão conciliatória do antagonismo entre os participantes da escravidão. Por um lado valorizou a contribuição do negro para a formação do país, por outro, ao tratar a miscigenação racial, colaborou para a consolidação da ideia de relativa harmonia entre os grupos raciais.

> Freyre mantinha intocados em sua obra, porém, os conceitos de superioridade e de inferioridade, assim como não deixava de descrever a violência presente durante o período escravista. A novidade estava na interpretação que descobria no cruzamento de raças um fato a singularizar a nação, nesse processo que fazia com que a miscigenação parecesse, por si só, sinônimo de tolerância.[158]

Esse discurso possuía dois pontos centrais que explicam a sua assimilação, especialmente pelas elites que se constituíram sobre o trabalho escravo. O primeiro é a

---

[156] "Mas foi na velha cidade tradicional de Campinas que se imprimiu o primeiro jornal negro, em 1924, *O Getulino*, jornal de reivindicação e de combate. E será somente quando os fundadores do jornal se mudaram para São Paulo que a ideia de uma organização de gente de cor tomará forma. O jornal negro da capital, *O Clarim da Alvorada*, de pretensões puramente literárias, começou a tornar-se mais combativo". BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Brancos e negros em São Paulo*. 4. ed. São Paulo: Global, 2008. p. 197.

[157] FRANCISCO, Flávio Thales Ribeiro. Um olhar sobre a "América": Experiências afro-americanas nas páginas de O Clarim de Alvorada. *Sankofa Revista de História da África e de Estudos da Diáspora Africana*, São Paulo, n. 2, p. 97-116, dez. 2008. Disponível em: <https://sites.google.com/site/revistasankofa/sankofa2/um-olhar-sobre-a-america>. Acesso em: 29 mar. 2011.

[158] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Racismo no Brasil*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 28

apresentação de uma alternativa ao destino da recente República, negando o pessimismo do "darwinismo social", ao argumentar que o Brasil devia parte de sua riqueza e possibilidades do encontro das diferentes raças. O segundo é o mascaramento da relação senhor x escravo[159], pintada com cores tão suaves quanto desbotadas, chegando o senhor Freyre a dizer:

> De modo que da antiga ordem econômica persiste a parte pior do ponto de vista do bem-estar geral e das classes trabalhadoras – desfeito em 88 o patriarcalismo que até amparou os escravos, alimentou-os com certa largueza, socorreu-os na velhice e na doença, proporcionou-lhe aos filhos oportunidades de acesso social. O escravo foi substituído pelo pária de usina; a senzala pelo mucambo; o senhor de engenho pelo usineiro ou pelo capitalista ausente. Muitas casas-grandes ficaram vazias, os capitalistas latifundiários rodando de automóvel pelas cidades, morando em chalés suíços e palacetes normandos, indo a Paris se divertir com as francesas de aluguel.[160]

Essa visão idílica da escravidão possui algumas explicações. A primeira é uma característica apontada por Pétré-Grenouilleau[161], segundo o qual para cada escravocrata a escravidão no vizinho era sempre pior. Freyre não escapou da armadilha e ficou enredado em um iberismo sem fundamento:

> O que se sente em todo esse desadoro de antagonismos são as duas culturas, a europeia e a africana, a católica e a maometana, a dinâmica e a fatalista encontrando-se no português, fazendo dele, de sua vida, de sua moral, de sua economia, de sua arte um regime de influências que se alternam, se equilibram ou se hostilizam. Tomando em conta tais antagonismos de cultura, a flexibilidade, a indecisão, o equilíbrio ou a desarmonia deles resultantes, é que bem se compreende o especialíssimo caráter que tomou a colonização do Brasil, a formação *sui generis* da sociedade brasileira, igualmente equilibrada nos seus começos e ainda hoje sobre antagonismos.[162]

---

[159] A simpatia despertada por *Casa-grande & senzala* está justamente em que, nele, a hierarquia racial cede lugar ao que Benzaquém Araújo (1994) chamou de equilíbrio dos contrários. Ou seja, são as relações de poder entre senhores e escravos, homens e mulheres, adultos e crianças, que determinam a hierarquia social e não as raças. Gilberto Freyre encontraria espaço para incorporar inteiramente a variante popular da democracia racial, ou seja, aquela em que o negro e o mulato eugênico passam a ser matriz da futura nação. Nessa leitura popular, a que Freyre empresta o encanto de sua prosa, da mestiçagem submerge a hierarquia, deixando-a transparecer tão somente em certas preferências estéticas ou culturais. GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Cidadania e retóricas negras de inclusão social. *Lua Nova*, São Paulo, v. 85, p. 13-40, 2012.

[160] FREYRE, Gilberto, *Casa-grande & senzala*. 51. ed. São Paulo: Global, 2006. p. 51-52.

[161] "Todos foram tentados a fazer o mesmo dentro de um determinado sistema escravagista (equivalente a uma época ou região geográfica). Bastava realçar um traço que supostamente representava uma nação ou outra e transformá-lo no único elemento determinado do resto, em resumo, torná-lo essencial. Assim, no dicionário *Littré* (1863-1872), podemos ler a seguinte passagem, aparentemente tirada de *Historie philosophique* (1770) [História Filosófica], do abade Raynal (1713-1796): 'Cada nação europeia tem uma maneira própria de tratar seus escravos: o espanhol transforma-os em companheiros de sua indolência; o português, em instrumentos de sua devassidão; o holandês, em vítimas de sua avareza'". PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, Olivier. *A história da escravidão*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 20.

[162] FREYRE, Gilberto, *Casa-grande & senzala*. 51. ed. São Paulo: Global, 2006. p. 69.

A segunda explicação decorre de uma perspectiva distorcida do regime escravista. Octavio Ianni, comentando uma palestra proferida por Freyre em um clube de empresários em São Paulo, disse:

> Ele iniciou sua fala com muita graça: 'Dizem que sou saudoso da escravatura' e depois de um silêncio longo: 'Sou. Sou sim!'. Passou então a relatar sua infância, sua convivência com pessoas oriundas do escravismo (da casa-grande), contando as histórias de Felicidade, uma negra chamada afetivamente por ele de Dadade. Ao narrar essas experiências afetivas, algumas até engraçadas, outras alusivas ao erótico etc. – notei que não havia referência alguma ao eito, ao trabalho pesado do escravismo. Observei algo que tem a ver com a literatura, com a oralidade dos contadores de causos. Percebi que quando falava de Dadade ele estava fortemente impressionado com aquelas histórias que ele assimilou, com aquela oralidade que transcreveu em seus escritos, principalmente da primeira fase.[163]

Freyre não compreendeu a perspectiva do cativo, para este a escravidão envolvia sofrimento, banzo, açoite, mutilação, humilhação, arbitrariedade e o mais que as palavras não traduzem. Seu ponto de vista era o do senhor, do detentor do poder absoluto sobre o outro, das licenças sexuais, da ociosidade decorrente do sustento fornecido pelo trabalho alheio. Freyre não era saudoso do sistema escravocrata, tão somente, era saudoso da posição senhorial.

A despeito da visão ambígua apresentada por Freyre, observa-se uma retomada pouco criteriosa de seus estudos, numa tentativa de contraposição aos resultados dos estudos da escola de sociologia paulista, que logrou questionar o mito da democracia racial.[164] O recrudescimento do interesse pela obra de Gilberto Freyre não está desconectado do debate atual sobre a legislação de cunho racial em nosso país. As ações afirmativas que visam a eliminar os efeitos da escravidão e da omissão da República perante os libertos enfrentam muitas resistências, e na ânsia por argumentos a fim de

---

[163] IANNI, OCTAVIO. Octavio Ianni: o preconceito racial no Brasil. *Estudos Avanços*, São Paulo, v. 18, n. 50, p. 6-20, jan./abr. 2004,. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext &pid=S0103-40142004000100002>. Acesso em: 2 jun. 2012.

[164] Tenho observado um retorno de estudos que têm a ver com a orientação das idéias de Gilberto Freyre. Alguns trazem contribuições inovadoras, uma vez que Gilberto Freyre foi uma matriz importante de estudos, no sentido de que fez um mergulho na sociabilidade com muita percepção – tendo suas idéias fundadas na fenomenologia espanhola, pois foi um precursor dos estudos sobre identidade, cotidiano etc. Contudo, há um certo contrabando, porque alguns estão valorizando esses estudos para contrapô-los às teses de Florestan Fernandes e de Caio Prado, já que estas são muito incômodas. As elites sempre foram contra esses estudos. Ou, frente a eles, ficam indiferentes. Esse pensamento está presente em Jorge Amado, Roberto DaMatta, Darcy Ribeiro etc., todos com a melhor das intenções, pensando que aproveitando esse potencial democrático ilusório, ele se tornaria verdadeiro. IANNI, OCTAVIO. Octavio Ianni: o preconceito racial no Brasil. *Estudos Avanços*, São Paulo, v. 18, n. 50, p. 6-20, jan./abr. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext &pid=S0103-40142004000100002>. Acesso em: 2 jun. 2012.

deslegitimar a tardia iniciativa, retoma-se a tese da escravidão branda e do equilíbrio entre os grupos raciais. Que então quem se louva em *Casa-Grande & Senzala* para combater as políticas raciais não se esqueça que para o autor, embora o Brasil tenha sido o último país das Américas a abolir a escravidão[165], nosso país saiu do regime escravista precocemente:

> Por outro lado, a tradição conservadora no Brasil sempre se tem sustentado o sadismo do mando, disfarçado em 'princípio de Autoridade' ou 'defesa da Ordem'. Entre essas duas místicas – a da Ordem e a da Liberdade, a da Autoridade e a Democracia – é que se vem equilibrando entre nós a vida política, precocemente saída do regime de senhores e escravos.[166]

Há quem haja pontuado que é preciso compreender os textos de Gilberto Freyre em seu contexto, e que em razão disso, qualificar sua obra como racista poderia representar um anacronismo. Sem dúvida, o autor pernambucano contribui para valorização da participação do negro em nossa história contrapondo-se à predominante perspectiva das teorias raciais.[167] Todavia, Gilberto Freyre e Oliveira Vianna, expoente da ideologia da eugenia racial[168], também possuem suas semelhanças:

> Por motivos ideológicos, o primeiro tipo de interpretação sociológica colocou a classe senhorial no centro do quadro e, guiando-se por certos caracteres exteriores, modelou a histórica de uma sociedade patriarcal e aristocrática. Nisto se identificam Oliveira Vianna e Gilberto Freyre, expoentes desse tipo de interpretação. É significativo terem ambos chegado ao mesmo resultado apesar da divergência em matéria antropológica, não tão completa, aliás, quanto se afigura à superfície. Se Oliveira Vianna legitimou a aristocracia escravista brasileira pela superioridade racial, o anti-racismo de Gilberto Freyre deixa margem explícita a uma legitimação análoga pela presumida superioridade genética dos *stocks*, das estirpes ou das etnias.[169]

---

[165] MENDONÇA, Marina Gusmão de. Abolição – rupturas e permanências: políticas sociais e inclusão e o sistema de cotas no ensino universitário. *Sankofa. Revista de História da África e de Estudos da Diáspora Africana*, São Paulo, n. 2, p. 117-126, dez. 2008.

[166] FREYRE, Gilberto, *Casa-grande & senzala*. 51. ed. São Paulo: Global, 2006. p. 114-115

[167] "Quando publica *Casa-grande & senzala*, Freyre elabora uma posição que, em termos históricos, é rigorosamente crítica ao pensamento conservador. Em sua tese está o princípio de uma integração da contribuição cultural dos negros, como necessidade interna da constituição da sociedade brasileira. O público que toma contato com esse livro está, em grande parte, influenciado pelo ideário de Oliveira Vianna e seus pares.

O livro de Freyre, nesse sentido, ingressa em um meio intelectual em que o racismo está legitimado sob forma de ciência exata, se colocando contrariamente ao que está circulando. Em vez de excluir o elemento negro rumo à purificação ariana, propõe admitir e valorizar a contribuição negra à sociedade brasileira". GINZBURG, Jaime. Política da memória no Brasil: raça e história em Oliveira Vianna e Gilberto Freyre. *Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades*, Araucária, n. 15, p. 36-45, 2006. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1584>. Acesso em: 12 abr. 2011.

[168] VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Evolução do povo brasileiro*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

[169] GORENDER, Jacob. *O escravismo colonial*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1992. p. 1.

Ademais, a tese da relação harmoniosa entre escravo e senhor legitimou a continuidade do desinteresse dos poderes públicos e da sociedade, de forma geral, pela situação do negro, conduzido às posições marginalizadas, compondo a maioria desproporcional daqueles que possuíam os piores trabalhos, habitando as moradias mais precárias e com menos acesso aos escassos serviços sociais em nosso país, em especial à saúde e à educação. Além disso, nesse contexto observa-se uma síntese que resultará no destaque à figura do mestiço enquanto representante do brasileiro, postura conciliatória que resultou em um embranquecimento simbólico dos elementos até então tipicamente negros.[170]

Como mencionado, a crítica ao equilíbrio da falsa democracia racial coube à escola de sociologia paulista. É o que tratamos a seguir.

2.2.3 O mito desvelado

O estopim para a contestação da ideia de relação harmoniosa entre os grupos raciais brasileiros está relacionado com os resultados da Segunda Guerra Mundial. As consequências do nazismo levaram diversos países, por intermédio da Organização das Nações Unidas, a buscarem formas para combater o racismo ao redor do globo. Por isso, a Unesco incentivou a produção de pesquisas sobre o racismo no Brasil, posto que nosso país era tido como um dos únicos que conseguira lidar satisfatoriamente com seu passado escravista.[171]

---

[170] "É nesse ambiente, também, que, para além do debate intelectual, nos espaços mais oficiais, 'o mestiço vira nacional', paralelamente a um processo de desafricanização de vários elementos culturais, simbolicamente clareados. A feijoada, por exemplo, até então conhecida como 'comida de escravos', a partir dos anos 1930 se converte em 'prato nacional', carregando a representação simbólica da mestiçagem. O feijão e o arroz remeteriam metaforicamente aos dois grandes segmentos formadores da população, e a eles se juntariam a couve (o verde das nossas matas) e o laranja (da cor do ouro).
Esse não é um caso deslocado. A capoeira – reprimida pela polícia do final do século XIX e incluída como crime no Código Penal de 1890 – é oficializada como modalidade esportiva nacional em 1937. Também o samba sai da marginalidade e ganha as ruas, enquanto as escolas de samba e seus desfiles passam, a partir de 1935, a ser oficialmente subvencionados.
Não é também por coincidência que o regime introduz, nesse período, novas datas cívicas: o dia do Trabalho, o aniversário de Getúlio Vargas e do Estado Novo e o dia da Raça, criado para 'exaltar a tolerância de nossa sociedade'. Da mesma maneira, a partir de 1938 os atabaques de candomblé passam a ser batidos sem interferência policial. Até mesmo o futebol, originariamente um esporte inglês, foi sendo associado a negros, sobretudo a partir de 1933, quando a profissionalização dos jogadores tendeu a mudar a coloração dos clubes futebolísticos. Nesse momento, ainda, dá-se a escolha de Nossa Senhora da Conceição Aparecida para padroeira do Brasil. Meio branca, meio negra, a nova santa era mestiça como os brasileiros: a imersão nas águas do rio Paraíba teria escurecido a Virgem, e sua 'súbita aparição', feito de uma 'legítima' representante da nacionalidade". SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Racismo no Brasil*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 28-29.

[171] "O impacto desse tipo de interpretação, que destacava a situação racial idílica vivenciada no país, levou, entre outros, à aprovação, em 1951, de uma grande pesquisa financiada pela Unesco e intermediada por

A iniciativa contou com a participação de diversos pesquisadores como Thales de Azevedo, Roger Bastide, Oracy Nogueira, Florestan Fernandes, dentre outros. Contudo, a expectativa do organismo internacional foi frustrada, na medida em que os trabalhos, em sua ampla maioria, demonstraram que a noção de que o Brasil era um exemplo de harmonia racial não possuía respaldo na realidade, pelo contrário, identificou-se a persistência do preconceito e da discriminação, com características muito peculiares.

Um dos expoentes desse grupo de pesquisadores foi Florestan Fernandes, que em trabalho com Roger Bastide explorou o que caracterizava o racismo na cidade de São Paulo. Em um de seus livros mais destacados, *O negro no mundo dos brancos*, Florestan expôs que a democracia racial foi o artifício de acomodação à dura injustiça social a vitimar o negro após a abolição:

> No contexto histórico surgido após a Abolição, portanto, a idéia da "democracia racial" acabou sendo um expediente inicial (para não se enfrentarem os problemas decorrentes da destituição do escravo e da espoliação final de que foi vítima o antigo agente de trabalho) e uma forma de acomodação a uma dura realidade (que se mostrou com as "populações de cor" nas cidades em que elas se concentraram, vivendo nas piores condições de desemprego disfarçado, miséria sistemática e desorganização social permanente). O "negro" teve a oportunidade de ser livre; se não conseguiu igualar-se ao "branco", o problema era dele – não do "branco". Sob a égide da idéia de democracia racial justificou-se, pois, a mais extrema indiferença e falta de solidariedade para com um setor da coletividade que não possuía condições próprias para enfrentar as mudanças acarretadas pela universalização do trabalho livre e da competição.[172]

Como consequência, a democracia racial não foi, e não é, um mito inofensivo, servindo como argumento para legitimar e conservar a hierarquia racial presente em nossa sociedade, deslegitimando qualquer movimento de cunho reivindicatório, o que explica a acusação de serem racistas aqueles que buscam debater e apontar soluções para o racismo no Brasil.

Mas a reorientação acadêmica promovida pela escola de sociologia paulista no que diz respeito às relações raciais não produziu resultados imediatos. Antonio Guimarães indica ainda que o próprio movimento negro empunhava a bandeira da democracia racial,

---

Alfred Métraux. O projeto era resultado do trabalho de Arthur Ramos que em finais de 1949, dois meses após assumir um posto oficial junto à Unesco, concebeu um plano de trabalho no qual estava previsto 'o desenvolvimento de estudos sociais e etnológicos no Brasil'. O estudioso acreditava que seu país poderia oferecer 'a solução mais científica e mais humana para o problema, tão agudo entre os povos, da mistura de raças e culturas'. Esse tipo de conclusão não impedia que o antropólogo reconhecesse a existência de 'preconceito de cor'; não obstante, o importante é que o projeto de Ramos correspondia às expectativas da organização e de cientistas sociais europeus e norte-americanos, preocupados com as concepções ideológicas e políticas sobre raça e cultura que haviam de certa forma resultado no nazismo". FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. 2. ed. São Paulo: Global, 2007. p. 13.

[172] FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. 2. ed. São Paulo: Global, 2007. p. 46 e 47.

argumentando que se fazia necessário estabelecer uma verdadeira democracia racial. Esse discurso somente foi abandonado na década de oitenta:

> Mas a recusa completa da democracia racial não ocorreu repentinamente; muitas tentativas ainda foram feitas, depois que Florestan (Fernandes, 1965) a caracterizou como um mito, e que Abdias (Nascimento, 1968) a chamou de logro, em 1968, para explorar o terreno de possibilidades de luta e de resistência, demarcado pelo mito e sua recusa do racismo. Até meados dos anos 1980, enquanto as organizações negras conviviam com o regime autoritário, as ambiguidades do mito, a um só tempo falso e verdadeiro, o tudo que é nada, no dizer do poeta, foram exploradas como bandeira de luta, no mote "por uma autêntica democracia racial" (MNU, 1982). Do mesmo modo, coerentemente, o movimento negro que ressurgiu nos anos 1970 reorganizou-se como Movimento Negro Unificado Contra a Discriminação Racial.
>
> Foi preciso instalar a Terceira República, em 1985, e promulgar a Constituição, em 1988, para que o movimento negro renegasse completamente o ideal de democracia racial; adotou, em contrapartida, uma agenda radical de defesa dos direitos humanos e dos direitos civis e sociais dos negros. Iniciou-se, então, uma fase de denúncia radical da precariedade dos direitos dos cidadãos negros, através da criação de múltiplas ONGs voltadas para a advocacia de direitos individuais, como os serviços de SOS Racismo, e a formação de organizações populares que passaram a agir em torno de atividades de cultura, educação, emprego e saúde. Essa é a fase que tem como pressuposto a ruptura ideológica com os ideais da democracia racial e, como meta, a afirmação radical da igualdade racial.[173]

Os estudos desse período indicaram as peculiaridades do racismo no Brasil. Em função da miscigenação em nossa sociedade, o nosso racismo não se fundamenta na ascendência, como ocorre nos Estados Unidos. Ante a impossibilidade prática de estabelecer a hierarquia racial com base no sangue que corre nas veias de cada um, em virtude da miscigenação, no Brasil o racismo se apoia nas características fenotípicas.

Além disso, outros países adotaram políticas de segregação explícita, ao passo que aqui a segregação não foi institucional, porém, as políticas do início da República foram permeadas pelo racismo presente em nossa sociedade. Nos países em que a discriminação foi lei, se tornou inafastável o reconhecimento do racismo naquelas sociedades, todavia, entre nós existe a negação do racismo e receio em admitir o preconceito.[174]

---

[173] GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Cidadania e retóricas negras de inclusão social. *Lua Nova*, São Paulo, v. 85, p. 13-40, 2012.

[174] "Ao contrário do branco 'racista', [o branco não racista] não possui fé em suas razões ou omissões; a ideologia racial dominante mantém-se menos pelas identificações positivas, que pelos subterfúgios através dos quais ela se insere em tudo o que o 'branco' acredita, pensa ou faz. Surge, assim, o espantalho da 'questão racial' como um risco da *imitação*, das *influências externas* ou do *complexo do negro*. Ignorando a natureza do drama real das populações negras e mestiças, o papel que a escravidão teve para criar esse drama, os deveres de fraternidade cristã, os imperativos da integração nacional numa sociedade de classes etc., o 'branco' propende a um típico ajustamento de 'falsa consciência'. Em lugar de procurar entender como se manifesta o 'preconceito de cor' e quais são seus efeitos reais, ele suscita o perigo da absorção do *racismo*,

Não são as características do racismo no Brasil que o faz ser melhor ou pior que o racismo em outros países. Em realidade, o mascaramento do preconceito e a negação da discriminação tornam mais difíceis as soluções para o problema. Não se resolve o que não se reconhece. Hoje há quem diga que a solução para o racismo é não falar nele. Engano. Nossa sociedade tentou trilhar esse caminho por décadas. Há quem diga que não há racismo no Brasil porque aqui não se adotou a noção de "separados mas iguais", contudo, quando essa doutrina foi revista pela Suprema Corte norte-americana, o Estado passou a combater a desigualdade entre negros e brancos, nos longínquos anos cinquenta[175], ao passo que no Brasil somente no século XXI iniciaram-se medidas pontuais com a finalidade específica de promover a igualdade. Há quem diga ainda que em outros países, diferentemente do Brasil, o racismo se manifesta em forma de violência física contra os indivíduos negros, sem dúvida; porém, em nosso país ainda encontramos casos de violência racial, de ataque à liberdade religiosa, com a depredação de templos religiosos de matriz africana, fora a violência policial contra os jovens negros, dando a entender que a polícia acredita que ainda é seu papel promover castigo e violência contra o negro, como fora sua atribuição nos tempos de escravidão.[176]

Certo é que o esforço teórico de elucidação do racismo em nossa sociedade ainda não logrou atingir ampla aceitação no senso comum. Ademais, persistem a discriminação e o preconceito, e como as pessoas preconceituosas negam que o sejam, é difícil mensurar o impacto do tempo na desconstrução desses males sociais. Além disso, igualmente se pode constar que a demonstração do racismo no Brasil não implicou em mudanças imediatas por parte dos órgãos públicos diante da realidade constatada. As políticas públicas adotadas foram, ainda por muito tempo, de cunho universalista, resultando na manutenção do desequilíbrio entre os grupos raciais.

Ademais, as críticas formuladas inicialmente à posição freyriana conduziam a solução da questão racial à questão de classe. Ou seja, a situação vivenciada pelos negros efetivamente não era tão somente um preconceito de classe, entretanto, a superação da

---

ataca as 'queixas' dos negros ou dos mulatos como objetivação desse perigo e culpa os 'estrangeiros' por semelhante 'inovação estranha ao caráter brasileiro'". FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. 2. ed. São Paulo: Global, 2007. p. 42-43.

[175] UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S 483, 1954. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics /USSC_CR_0347_0483_ZS.html>. Acesso em: 19 dez. 2011.

[176] "Os senhores entregavam escravos para serem punidos com reclusão e açoite da uma delegacia de polícia, mediante o devido pagamento". GORENDER, Jacob. *O escravismo colonial*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1992. p. 61.

desigualdade encontraria resposta no desenvolvimento da sociedade capitalista[177], com a criação de novas oportunidades de inserção social, ou então com a superação da sociedade capitalista.

2.2.4 Da teoria à prática

No contexto da redemocratização, os movimentos sociais se rearticularam e o movimento negro também esteve inserto nesse processo. Ao final dos anos oitenta, o movimento negro se tornou um importante componente das forças sociais que participaram da construção da Constituição Federal de 1988. Isso foi fundamental para uma significativa alteração nas respostas dadas ao problema do preconceito e da discriminação.

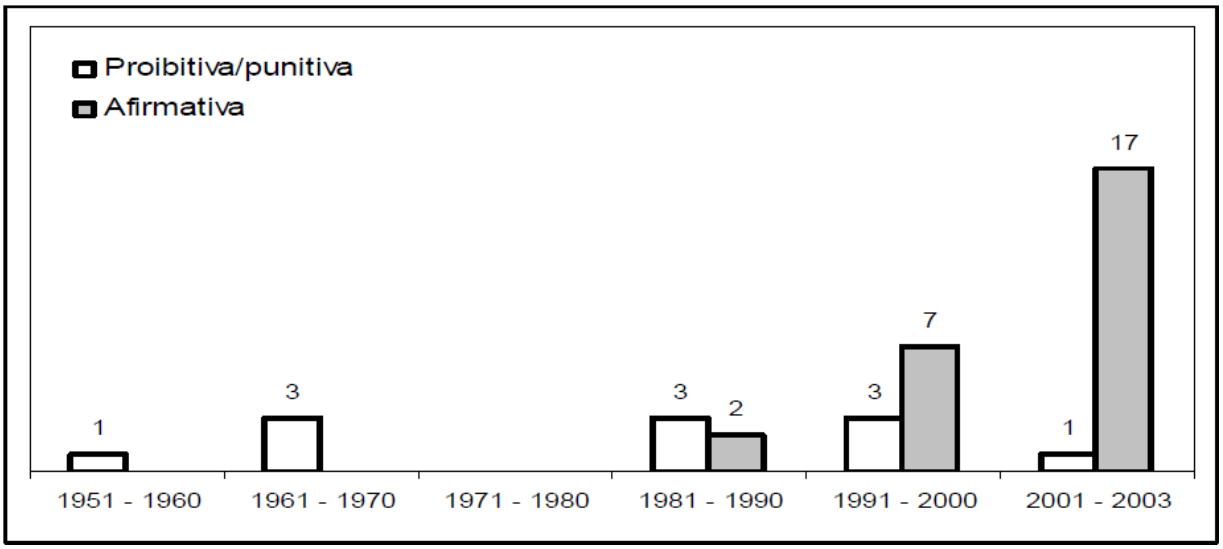
Desde a Lei 1.390 de 1951, conhecida como Lei Afonso Arinos, até meados da década de noventa, a legislação relacionada ao racismo possuía caráter repressivo, como a Lei 7.716 de 1989, valendo mencionar que somente a partir dessa lei o racismo passou a ser tipificado como crime, pois até então era tido como mera contravenção penal. Assim, com a reorientação dada pelo movimento negro, começaram a surgir normas com viés afirmativo. De início, de forma tímida, com a edição de decretos como o que instituiu o grupo de trabalho interministerial, com a finalidade de desenvolver políticas para a valorização da população negra, em 1995, e portarias que instituíram cotas para negros no âmbito de alguns ministérios. Essa nova fase de legislação proativa ganhou força com a eleição do Partido dos Trabalhadores para o governo federal, em função da maior proximidade entre esse partido e o movimento negro em comparação com o governo anterior. Nos primeiros dias de governo, foi sancionada a Lei 10.639 de 2003, que estabeleceu a obrigatoriedade do ensino sobre história e cultura afro-brasileira nas escolas.

[177] A análise de Freyre seria refutada por Florestan Fernandes, para quem a miscigenação não impediu a permanência do preconceito racial, que "resultaria da forma incompleta pela qual se realizou, na evolução histórica, a transição de uma estrutura social composta de estamentos e castas, que caracterizava o período escravista, para uma estrutura de classes." Destarte, o desenvolvimento capitalista permitiria superar o preconceito, uma vez que proporcionaria o aumento da oferta de empregos e, conseqüentemente, criaria, para o negro, oportunidades de ascensão social.
A contestação do mito da democracia racial, criado, em grande medida, a partir da obra de Gilberto Freyre, seria aprofundada na década de 1970, por meio de diversos trabalhos baseados na análise de dados quantitativos. No entanto, esses estudos também se opunham à abordagem de Florestan Fernandes e à ideia de que a questão da raça estaria submetida à noção de classe. Conforme ressaltaram Ricardo Ventura Santos e Marcos Chor Maio, as pesquisas desenvolvidas, entre outros, por Carlos Hasenbalg, apontavam para o fato de que "a raça, como atributo social historicamente elaborado, continua a funcionar como um dos critérios mais importantes na distribuição das pessoas na hierarquia social.". MENDONÇA, Marina Gusmão de. Abolição – rupturas e permanências: políticas sociais e inclusão e o sistema de cotas no ensino universitário. *Sankofa. Revista de História da África e de Estudos da Diáspora Africana,* São Paulo, n. 2, p. 117-126, dez. 2008.

Nesse mesmo ano foi criada a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República, com a finalidade de fomentar e articular as iniciativas que visem à promoção da igualdade.

Estudo publicado pelo Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, no ano de 2011[178], demonstra a mudança na direção dos instrumentos normativos federais no que diz respeito ao combate ao preconceito e à discriminação, indicando o crescimento exponencial de medidas de caráter afirmativo até o ano de criação da Seppir – Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

Tabela 1 – Produção normativa federal por década segundo o tipo de estratégia



Fonte: Instrumentos Normativos Federais Relacionados ao Preconceito e às Desigualdades Raciais.

O fruto de maior relevância da luta do movimento negro foi a edição do Estatuto da Igualdade Racial, Lei 12.288 de 2010, que reúne diversas políticas públicas voltadas ao combate da discriminação e do preconceito raciais. Esse diploma normativo será abordado detalhadamente no capítulo 3, cabendo-nos antes expor o quadro de desigualdades sobre o qual incidem as normas do Estatuto.

2.3 A desigualdade racial em números

[178] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Instrumentos normativos federais relacionados ao preconceito e às desigualdades raciais.* Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/igualdaderacial/index.php? option=com_content&view=article&id=681>. Acesso em: 15 out. 2012.

Inicialmente precisamos registrar que os almejados sonhos eugenistas não se concretizaram. O negro não desapareceu naturalmente da sociedade brasileira, em verdade, ao contrário, o negro compõe a maioria da população brasileira, conforme as informações constantes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Pnad, de 2011. A pesquisa do IBGE indica que a população brasileira ultrapassou a marca de 195 milhões de habitantes, dos quais 100 milhões são pretos ou pardos[179].

Fundamental elucidar que não foram os índices de fecundidade os principais responsáveis pela atual composição racial da população brasileira. Conforme demonstrado por Sergei Soares, a partir de meados da década de noventa do século passado, o número de pessoas que se autodeclaram pardas ou pretas vêm aumentando de forma a indicar que aqueles que antes assumiam a identidade racial branca estão alterando a maneira como se reconhecem[180].

A informação é necessária para que se possa compreender adequadamente a dimensão da desigualdade racial a ser enfrentada pelo Estatuto da Igualdade Racial, que conforme veremos adiante, contém disposições direcionadas a diversos setores da vida social, como educação, mercado de trabalho, meios de comunicação dentre outros. Assim, consideramos pertinente apresentar dados relativos às desigualdades raciais que justificaram a apresentação do projeto do Estatuto da Igualdade Racial e que permanecendo até os dias atuais constituem um desafio para o nosso país.

Possivelmente, a área educacional seja aquela em que mais fortemente se faz necessária uma intervenção dos poderes públicos para atingirmos a superação das desigualdades clivadas pelo recorte racial que identificamos na sociedade brasileira. Excelente panorama desse quadro foi apresentado no Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil, 2009-2010, confeccionado pelo Laboratório de Análises Econômicas, Históricas, Sociais e Estatísticas das Relações Raciais – Laeser, que expõe dados relevantes para a visualização da evolução das diferenças educacionais presentes na sociedade brasileira[181].

---

[179] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios*, Rio de Janeiro, v. 31, p. 1-135, 2011. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2011/default.shtm>. Acesso em: 13 jun. 2012.

[180] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*, Brasília: Ipea, p. 97, 2008. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/Livro_desigualdadesraciais.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2012.

[181] LABORATÓRIO DE ANÁLISES ECONÔMICAS HISTÓRICAS, SOCIAIS E ESTATÍSTICAS DAS RELAÇÕES RACIAIS. *Relatório anual das desigualdades raciais no Brasil, 2009-2010*, Rio de Janeiro,

Em 1988, quando da promulgação da Constituição Federal, o percentual populacional fenotipicamente branco, com mais de quinze anos de idade, analfabeto, era de 12,1%, caindo para 6,2% em 2008. Em contrapartida, a porcentagem de pretos e pardos, com mais de quinze anos, analfabetos, era de 28,6%, em 1988, diminuindo para 13,6% em 2008. Ou seja, a taxa de analfabetismo no Brasil caiu significativamente em 20 anos, porém, o percentual de negros analfabetos em 2008 ainda era superior ao de brancos em 1988[182].

Da mesma forma, foi observada uma redução importante na taxa de analfabetismo funcional. Em 1988, o percentual de pessoas que poderiam ser consideradas como analfabetas funcionais, com quinze anos ou mais, dentre o conjunto populacional branco, era de 30,4%, situação que atingia 51,5% dos pretos e pardos brasileiros. Em 1998, os números caíram, respectivamente, para 23,1% e 41,3%. Já em 2008, os números recuaram para 16,1% e 26,6%, respectivamente. Assim, a taxa de alfabetismo funcional entre os negros em 2008 era superior à taxa entre os brancos no ano de 1998.

As diferenças também se expressam quando comparados os anos médios de escolaridade dos grupos raciais ao longo do período assinalado. Em 1988, a diferença em relação aos anos de estudo entre negros e brancos indicava que estes tinham, em média, 1,6 anos a mais de tempo escolar. Em 2008, a distância se ampliou para 1,8 anos em média, uma vez que o contingente populacional negro tinha em média 6,5 anos de estudo, enquanto o contingente branco apresentava 8,3 anos.

Esses números nos permitem algumas considerações sobre os efeitos das políticas públicas aplicadas no período. É fato que os indicadores apontam para uma melhora geral no que diz respeito à taxa de analfabetismo e analfabetismo funcional, bem como em relação à média de anos de estudos da população brasileira. Todavia, igualmente denotam que a aplicação das mencionadas políticas não resulta necessariamente em diminuição das assimetrias entre os grupos raciais, e em determinados casos, como a média de anos de estudo, a diferença pode aumentar. A constatação desse quadro corrobora o

---

2010, passim. Disponível em: <http://www.laeser.ie.ufrj.br/PT/relatorios%20pdf/Relat%C3%B3rio_2009-2010.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2012.

[182] Vale acrescentar que o Comunicado n.º 70/2010, do Ipea indicava que em 2009 houve redução das taxas de analfabetismo em cada grupo racial. Naquele ano, o percentual de brancos analfabetos era de 5,9%, e o percentual de negros era de 13,4%, de forma que se manteve a distância entre os grupos e houve ainda ampliação em 0,1 por percentual. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Comunicado n.º 70: evolução do analfabetismo e do analfabetismo funcional no Brasil período 2004-2009*, 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/101209_comunicadoipea70.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2011.

argumento da necessidade de adoção de medidas específicas quando se trata da redução das desigualdades raciais.

Outra informação importante presente no relatório, relacionada ao campo da educação, é a ampliação das desigualdades na taxa líquida de escolaridade ao longo do ciclo educacional. A referida taxa indica a proporção entre a quantidade de pessoas matriculadas no ano tido como adequado para sua faixa etária e o conjunto populacional. Nesse quesito, observa-se que a taxa líquida de escolaridade no ensino fundamental dos negros, em 1988, era de 74,9%, ao passo que a taxa, entre os brancos, era de 84,9%. Felizmente, em 2008, a diferença percentual de 10 pontos foi reduzida para 0,7, posto que 94,7% e 95,4% dos negros e brancos, respectivamente, estavam matriculados corretamente no ensino fundamental.

Além disso, se em 1988 a taxa líquida de escolaridade no ensino médio dos brancos era de 22,2%, enquanto a dos negros era de 7,8%; em 2008, as taxas sobem para 61% e 42,2%, respectivamente, ampliando-se igualmente a diferença entre os grupos, em face da distância que sobe de 14,4%, em 1988, para 18,8%, em 2008. Evidentemente que o aumento expressivo na taxa líquida de escolaridade deve ser comemorado, contudo, é preciso atentar para o aumento da diferença entre os grupos raciais. De igual modo, é necessário investigar as razões para essa disparidade, que pode estar relacionada a fatores como a necessidade de o estudante negro iniciar atividades laborais mais cedo, com vistas a contribuir para o aumento da renda familiar, bem como a menor taxa de alfabetização e escolaridade dos genitores, que pode se tornar um fator de desestímulo aos estudos[183]. Esses fatores estão apontando para a correlação perversa entre a pobreza e a condição do negro no Brasil. O que é incorreto é aceitar a armadilha contida no argumento de que a questão deve ser enfrentada tão somente com políticas de combate à pobreza. De certo modo, os avanços observados de perspectiva mais genérica são fruto de políticas de caráter universalista, e são conquistas importantes para a sociedade brasileira, mas se faz necessário enfrentar o que há de especificamente racial na condição social do negro brasileiro. Assim, outro fator pode ajudar a explicar a diminuição da taxa de escolaridade no ensino médio. Trata-se da ausência de identificação desse estudante com o projeto de estudo de longo prazo e com o anseio de cursar uma universidade. Nesse ponto, a

[183] "A análise da repetência mostrou que, acumulando-se ao efeito do acesso tardio, o resultado é o de uma experiência de trajetória escolar mais lenta e acidentada entre crianças pretas e pardas: ao final do período de escolaridade obrigatória, 2/3 ou mais das crianças pretas e pardas estão frequentando a escola com atraso de três ou mais séries, enquanto isto ocorre com apenas 2/5 dos brancos.". SILVA, Nelson do Valle; HASENBALG, Carlos Alfredo. *Relações raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, IUPERJ, 1992, p. 99-100.

discriminação racial se faz sentir, pois diante do diminuto número de negros nos bancos universitários e em especial nos cursos de maior prestígio social, o estudante negro vivencia mais um elemento de desestímulo à perseverança nos estudos.

Na tônica dos indicadores anteriores, a distância entre o número de estudantes brancos e negros nas universidades aumentou. Em 1988, a taxa líquida de escolaridade no ensino superior dos brancos era de 7,7%, enquanto a dos negros era 1,8%, em contrapartida, em 2008, a taxa do primeiro grupo subiu para 20,5%, ao passo que a taxa de escolaridade dos negros variou positivamente para 7,7%. Em outras palavras, o percentual de negros em 2008 nas universidades era o mesmo de brancos em 1988.

As desigualdades raciais são marcantes também no mercado de trabalho. O relatório Tempo em Curso, de maio de 2012, apresenta dados referentes à composição da população economicamente ativa, ocupada, no que diz respeito ao sexo e à raça em determinados ramos de atividade, no ano de 2010.

Dentre o total de trabalhadores domésticos com carteira assinada, os negros, mulheres e homens, representavam 57%, enquanto os brancos, 42%. Interessante observar, todavia, que quando se verifica a composição de trabalhadores domésticos sem carteira assinada, evidentemente em uma situação social mais fragilizada, o percentual de negros sobe para 62,3%, ao passo que os brancos representavam 36,2% do total de trabalhadores nessa condição. Esses números apontam para as diferenças entre os grupos raciais de mesma posição social.

O quadro se repete entre os empregados de maneira geral. Quando observamos os empregados com carteira de trabalho assinada, o contingente populacional branco representava 53,6% do total de obreiros nessa condição, enquanto os negros ocupavam 45,2% dos postos com carteira assinada. Entretanto, os números se invertem em relação aos empregados sem carteira assinada, pois nesse caso os brancos eram 41,7%, e os negros, 56,8%.

Outro dado revelador das desigualdades no mercado de trabalho diz respeito à condição de empregador. Do total de empregadores pesquisados, 75,9% eram brancos, ao passo que os negros eram somente 21,7%.[184]

[184] LABORATÓRIO DE ANÁLISES ECONÔMICAS HISTÓRICAS, SOCIAIS E ESTATÍSTICAS DAS RELAÇÕES RACIAIS. *Tempo em Curso*, Rio de Janeiro, ano IV, v. 4, n. 5, mai. 2012. Disponível em: <http://www.slideshare.net/laeserieufrj>. Acesso em: 3 dez. 2012.

Tabela 2 – Composição da PEA ocupada de 15 anos ou mais segundo posição na ocupação, por grupos de cor ou raça e sexo, Brasil, 2010.

	Trabalhador doméstico com carteira de trabalho assinada	Trabalhador doméstico sem carteira de trabalho assinada	Empregado com carteira de trabalho assinada	Empregados sem carteira de trabalho assinada	Militares e funcionários públicos estatutários	Conta própria	Empregador	Não remunerado	Trabalhador na produção para o próprio consumo	Total
Homens Brancos	3,7	2,3	31,0	25,0	23,2	33,8	50,9	14,7	18,2	28,0
Mulheres Brancas	38,3	34,1	22,5	16,7	31,7	18,8	25,0	32,6	15,1	22,1
Brancos	**42,0**	**36,5**	**53,6**	**41,7**	**54,9**	**52,6**	**75,9**	**47,3**	**33,3**	**50,2**
Homens Pretos & Pardos	5,0	4,0	29,7	38,2	20,4	31,2	15,1	18,2	36,3	28,9
Mulheres Pretas & Pardas	52,0	58,3	15,5	18,6	23,3	14,5	6,6	32,5	27,4	19,5
Pretos & Pardos	**57,0**	**62,3**	**45,2**	**56,8**	**43,7**	**45,7**	**21,7**	**50,6**	**63,7**	**48,4**
PEA total	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**

Fonte: Tempo em Curso, Laeser.

As diferentes ocupações refletem nas disparidades entre os negros e brancos no que concerne a renda média de cada grupo. Em agosto de 2012, o rendimento médio recebido pela população economicamente ativa, nas seis maiores regiões metropolitanas, foi de R$ 1.758,06 (mil setecentos e cinquenta e oito reais e seis centavos). Contudo, os negros receberam R$ 1.234,12 (mil duzentos e trinta e quatro reais e doze centavos), enquanto os brancos perceberam R$ 2.191,66 (dois mil cento e noventa e um reais e sessenta e seis centavos). Quando descompostos esses dados pelo critério de gênero constata-se a superioridade da média de vencimentos auferida pelos homens. Enquanto as mulheres brancas receberam em agosto de 2012, em média, R$ 1.825,00 (mil oitocentos e vinte e cinco reais), os homens brancos atingiram a média de R$ 2.502,97 (dois mil quinhentos e dois reais e noventa e sete centavos). Ao passo que as mulheres negras tinham a média salarial de R$ 1.015,15 (mil e quinze reais e quinze centavos) e os homens negros auferiram, em média, R$ 1.409,43 (mil quatrocentos e nove reais e quarenta e três centavos).[185]

Tabela 3 – Rendimento real médio habitualmente recebido pela PEA ocupada residente nas seis maiores regiões metropolitanas, ago./11 – ago./12.

[185] Idem. *Tempo em Curso*, ano IV, v. 4, n. 10, out. 2012. Disponível em: <http://www.slideshare.net/laeserieufrj>. Acesso em: 3 dez. 2012.

	2011					2012							
-	Ago	Set	Out	Nov	Dez	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago2
Homens Brancos	2.493,44	2.439,14	2.432,91	2.392,88	2.453,12	2.456,33	2.520,80	2.569,43	2.501,50	2.484,66	1.498,66	2.453,01	2.502,97
Mulheres Brancas	1.752,37	1.719,82	1.737,43	1.738,57	1.764,57	1.771,61	1.773,93	1.805,28	1.791,89	1.801,76	1.800,15	1.784,75	1.825,00
Brancos	2.151,74	2.106,17	2.108,30	2.088,28	2.131,85	2.139,10	2.176,04	2.217,17	2.176,29	2.172,05	2.175,91	2.144,29	2.191,66
Homens Pretos & Pardos	1.335,70	1.317,95	1.324,13	1.366,01	1.356,70	1.308,63	1.367,76	1.371,00	1.342,37	1.332,96	1.370,85	1.381,07	1.409,43
Mulheres Pretas & Pardas	970,45	951,65	979,18	990,10	990,94	1.209,15	1.035,70	1.034,39	1.022,72	1.018,92	1.018,26	998,65	1.015,15
Pretos e Pardos	1.176,50	1.157,26	1.172,31	1.201,03	1.186,40	1.227,07	1.221,82	1.222,59	1.200,19	1.192,48	1.215,06	1.211,32	1.234,12
PEA total	1.178,44	1687,29	1.687,03	1.689,30	1708,24	1.719,59	1.739,78	1.767,71	1.749,79	1.744,51	1.751,68	1.724,87	1.758,06

Fonte: Tempo em Curso, Laeser.

O Estatuto da Igualdade Racial ainda traz disposições destinadas a enfrentar o problema da violência que sofre a população negra, seja por parte da autoridade policial, seja em função da juventude em conflito com a lei e que vive experiências de exclusão social. Em 2012, foi publicada uma pesquisa que releva a correlação entre as taxas de homicídios, entre os anos 2002 e 2010, e os diferentes impactos em cada grupo racial.[186] Os dados são alarmantes. Em 2002, 18.867 (dezoito mil oitocentos e sessenta e sete) pessoas brancas foram vítimas de homicídio, ao passo que 26.952 (vinte e seis mil novecentos e cinquenta e dois) negros foram assassinados. Porém, em 2010, enquanto o número de brancos vitimados caiu para 14.047 (catorze mil e quarenta e sete), o número de negros assassinados subiu para 34.983 (trinta e quatro mil novecentos e oitenta e três). Conclui-se que a cada ano, mais negros são vítimas de homicídio, o que motiva a adoção de medidas para enfrentar essa situação.

Tabela 4 – Evolução do número de homicídios, da participação e da vitimização por raça/cor das vítimas na população total. Brasil, 2002/2010

[186] WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012:* a cor dos homicídios no Brasil. Rio de Janeiro: Cebela Flasco; Brasília: SEPPIR/PR, 2012. passim.

Ano	Branca	Preta	Parda	Negra*	Amarela	Índigena	Total	Participação		Diferença (%)
								Branca	Negra	
2002	18.867	4.099	22.853	26.952	103	75	45.997	41,0	58,6	42,9
2003	18.846	4.657	23.674	28.331	178	78	47.433	39,7	59,7	30,3
2004	17.142	4.153	23.549	27.702	139	71	45.054	38,0	61,5	61,6
2005	15.710	3.806	24.648	28.454	81	93	44.338	35,4	64,2	81,1
2006	15.753	3.949	25.976	29.925	91	125	45.894	34,3	65,2	90,0
2007	14.308	3.921	26.272	30.193	45	144	44.690	32,0	67,6	111,0
2008	14.650	3.881	28.468	32.349	74	153	47.226	31,0	68,5	120,8
2209	14.851	3.875	29.658	33.533	60	135	48.579	30,6	69,0	125,8
2010	14.047	4.071	30.912	34.983	62	111	49.203	28,5	71,1	149,0
Total	144.174	36.412	236.010	272.422	833	985	418.414	34,5	65,1	89,0
Δ%	25,5	-0,7	35,3	29,8	-39,8	48,0	7,0			

Fonte: Mapa da violência.

Por certo, outros dados poderiam ainda ser apresentados para esquadrinhar as desigualdades raciais em nossa sociedade, todavia as diferenças nos setores da educação, do mercado do trabalho e da segurança já oferecem o panorama das tarefas que se impõe à sociedade brasileira para a erradicação de suas disparidades.

3. O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL

Há quem tenha perguntado qual seria a razão para a elaboração de um Estatuto da Igualdade Racial, dado que o princípio da igualdade já está positivado no texto constitucional. Em realidade, não se trata de uma pergunta inocente. Para que a pergunta assim o fosse, ela deveria ser formulada em outros termos, como: por que a criação de uma lei específica com o objetivo de promover a igualdade, direcionada exclusivamente a um grupo social? Em outros termos, a pergunta deveria ser: qual seria a motivação para a edição de um conjunto de normas destinadas, em um primeiro momento, às pessoas idosas, às crianças, às mulheres e aos negros? Fato é que não temos ciência de que outras leis voltadas aos três primeiros grupos sociais mencionados tenham sido alvo de tantos questionamentos como o Estatuto da Igualdade Racial.

O motivo é um só: o mito da democracia racial ainda está presente nas formas de representação da realidade que expressiva parcela de nossa sociedade faz de si mesma. É dizer, se de acordo com essa forma de compreender a realidade brasileira, negros e brancos vivem em harmonia, o que poderia explicar um texto normativo, debatido nas casas legislativas e sancionado pelo Poder Executivo, ou seja, dotado de legalidade, cujo sentido é fomentar a igualdade, se ela já existe? O texto tem como consequência lógica o reconhecimento de discriminações e desigualdades que muitos consideram inexistentes ou que seriam situações secundárias, de menor importância.

Pois veremos que o Estatuto da Igualdade Racial, aprovado em 20 de julho de 2010, a iniciativa mais ousada em toda a história brasileira vocacionada a eliminar ou mitigar a desigualdade e a discriminação racial, também sentiu o peso do mito da democracia racial ao longo de sua tramitação no Poder Legislativo, na medida em que as propostas originais mais incisivas foram suprimidas do texto do Estatuto.

3.1 A longa travessia

O Projeto de Lei n.º 3.198, de 2000[187], é a primeira versão do Estatuto da Igualdade Racial, que fora apresentado na Câmara dos Deputados pelo então Deputado

[187] BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 3.198 de 2000*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br /proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=59B9CF5717A99BDB04756F6FA28A5AF3.node1?codteor=983438&filename=Avulso+-PL+3198/2000>.

Paulo Paim, na época deputado pelo Partido dos Trabalhadores, como fruto de uma intensa mobilização da sociedade civil organizada[188]. O texto se caracterizou por apresentar uma nova perspectiva para direitos sociais já conhecidos. A particularidade repousou no fato de o texto ter estabelecido diretrizes e políticas focalizadas na população negra, no âmbito das áreas de saúde, educação, cultura, esporte e lazer. Além disso, o texto propunha a criação de Conselhos em âmbito nacional, estadual e municipal, com vista à formulação, coordenação, supervisão e avaliação das políticas de combate ao racismo.

Cabe registrar que antes mesmo da aprovação do Estatuto, foi criada a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, por intermédio da Medida Provisória n.º 111/2003, posteriormente convertida na Lei n.º 10.678, de 23 de maio de 2003, diretamente vinculada ao Chefe do Poder Executivo (exercendo algumas funções que originariamente foram pensadas para o Conselho Nacional). Ademais, essa mesma lei criou o Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, como um espaço de interação entre o governo e a sociedade civil, com caráter consultivo, tornando-se parte integrante da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

Outra proposição do primeiro projeto do Estatuto da Igualdade Racial que se tornou lei antes da aprovação do Estatuto foi o estabelecimento da obrigatoriedade do ensino da matéria "História Geral da África e do Negro no Brasil", por meio da Lei n.º 10.639/2003. A iniciativa é uma das mais relevantes conquistas da sociedade brasileira com vistas a construir uma sociedade livre de discriminação racial. A obrigatoriedade da inclusão dessa disciplina nos currículos escolares implica no reconhecimento de que, até então, os temas relativos à história africana e das vivências do negro não eram devidamente abordados em sala de aula. Isso se explica com o argumento de que a sociedade, em função da hierarquia racial que atribui diferente importância para cada raça, naturalizou considerar o branco como o representante natural, comum, neutro, da humanidade, tanto assim o é que os cursos de história do ensino fundamental e médio, ao tratarem dos primórdios da formação do Brasil, retomam a história europeia, sobretudo portuguesa, sem dedicarem espaço ao continente africano; bem como quando tratam de períodos anteriores da história da humanidade, as informações transmitidas aos alunos são basicamente relacionadas à Europa, com brevíssimas menções ao Egito e Cartago. Poder-

[188] "A caminhada do projeto do Estatuto da Igualdade Racial foi um verdadeiro aprendizado. Foram anos de encontros em praticamente todos os estados do Brasil, ouvindo a comunidade negra e branca, sindicalistas, professores, advogados, promotores de Justiça, parlamentares, enfim, profissionais de todas as áreas, pessoas de todas as classes sociais, etnias e idades […]". SIMÃO, Calil (Coord.). *Estatuto da igualdade racial:* comentários doutrinários. Leme/SP: J. H. Mizuno, 2011. p. 62.

se-ia argumentar a inexistência de obras significativas que possibilitem o domínio sobre a história africana, porém, caso isso fosse verdadeiro, ainda assim representaria a falta de pesquisa sobre o tema, justificando a preocupação de se promover uma composição mais heterogênea dos pesquisadores em nosso país. De todo modo, em 2010, a Unesco publicou, em português, uma coleção com oito volumes sobre a História Geral da África, com aproximadamente dez mil páginas, de forma que o material de estudo já está à disposição. Ademais, será preciso elaborar mecanismos eficientes para o acompanhamento do conteúdo ministrado pelos professores[189].

Além disso, no texto original encontramos também algumas disposições que foram retiradas ao longo da tramitação, mas que são interessantes por revelarem as concepções que embasavam o projeto apresentado, como a previsão de uma indenização aos "descendentes de africanos escravizados no Brasil" no valor de R$ 102.000,00. A ideia subjacente à indenização é a busca de uma reparação pela espoliação que sofreram os escravos e por terem sido deixados ao desabrigo de qualquer proteção quando do estabelecimento do trabalho livre como única forma admitida pelo direito; entretanto, pela interpretação literal do dispositivo, todo brasileiro com traços genéticos africanos, presumivelmente, seria descendente de africanos escravizados.

Presumivelmente porque outros brasileiros podem ser descendentes de africanos que jamais foram escravizados no Brasil e porque muitos dos documentos que registravam os negócios escravocratas se perderam[190]. Ademais, a indenização não favoreceria somente as pessoas que sofrem discriminação, beneficiários em primeiro plano da lei, mas também pessoas que não são discriminadas, isso porque muitas pessoas que descendem de escravos são fenotipicamente consideradas não negras[191]. É possível cogitar, observando os demais incisos do artigo 14 do Projeto 3.198/2000, que a intenção do autor do projeto poderia ser de assegurar uma indenização aos remanescentes de quilombos, mas

[189] "Pelo fato do artigo possuir redação ampla, o cumprimento é difícil de aferição, vez que muitas instituições alegam que o conteúdo é ministrado dentro da disciplina História-Geral, quando, na verdade, continuam a tratar o tema superficialmente. Poucos são os docentes que detêm conhecimento aprofundado sobre a História africana e suas tradições". OLIVEIRA, Erival da Silva e PEIXOTO, Paulo Henrique Lêdo. *Comentários ao Estatuto da Igualdade Racial (Lei n.º 12.288/10)*. São Paulo: ACJ, 2012, p. 52.

[190] Não faz parte dos objetivos de nosso estudo abordar a controvérsia em torno da Circular do Ministério da Fazenda, n.º 29, de 13 de maio de 1891, que determinou a destruição de documentos relativos à escravidão.

[191] Há quem considere que a indenização poderia ser uma boa iniciativa. "Infelizmente o país perdeu uma grande oportunidade de amenizar os prejuízos que os afrodescendentes arcam até os dias atuais, uma vez que não foi aprovado o pagamento de indenizações, pois, é certo que a saúde está em primeiro plano, entretanto, para que esta esteja em perfeitas condições, faz-se necessário, principalmente num país capitalista, termos um lastro financeiro suficiente para arcar com a mesma e, para isso, precisamos receber um quantitativo em dinheiro para suportar as despesas". D'ANGELO, Élcio. *Estatuto da Igualdade Racial comentado*. Leme/SP: CL Edijur, 2010. p. 118.

a redação, nesse ponto, poderia ser mais precisa, o que favoreceria a aprovação da proposta. De toda sorte, importa o registro da noção de reparação, não excedendo lembrar que quando da abolição, os donos de escravos andavam ansiosos por serem indenizados por não terem mais o direito de propriedade sobre outros seres humanos.

Outra menção necessária a se fazer é que, nesse primeiro projeto, reiteradamente se utilizou a palavra discriminados, reforçando o reconhecimento da existência do racismo na sociedade brasileira. Todavia, a despeito do valor simbólico e pedagógico dessa opção linguística, os setores recalcitrantes do Congresso Nacional conseguiram alterar a carga semântica de diversos dispositivos, incluindo alguns que evidenciavam a persistência da discriminação.

O ponto mais polêmico do projeto estava no capítulo VI, que estabelecia um sistema de reserva de cotas de 20% aos afrodescendentes para todos os concursos públicos, em nível federal, estadual e municipal, assim como para as vagas nas universidades públicas, devendo também as empresas privadas com mais de vinte empregados manterem em seus quadros de funcionários o percentual mínimo de 20% de trabalhadores negros; por fim, alterando a Lei n.º 9.504/1997, instituía um mínimo de 30% de candidaturas de afrodescendentes nas eleições, a ser respeitado pelos partidos políticos. As cotas também estavam presentes no capítulo destinado aos meios de comunicação, estabelecendo que os filmes e programas veiculados pelas emissoras de televisão deveriam apresentar imagens de pessoas negras em quantidade não inferior a 25%, ao passo que nas peças publicitárias esse percentual mínimo era de 40%. Contudo, as cotas enfrentaram, naquele momento, acerba resistência e foram retidas do Estatuto da Igualdade Racial.

No entanto, dois anos após a edição do Estatuto, foi publicada a Lei n.º 12.711/2012, que estabeleceu a adoção de cotas sociais e raciais nos vestibulares das instituições federais de ensino superior. Assim, metade das vagas disponibilizadas deverá ser preenchida por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio na rede pública. Dentro desse universo, 50% estão reservadas para estudantes cuja família possui renda mensal de um salário mínimo e meio, *per capita*. De mais a mais, o preenchimento das vagas destinadas aos alunos oriundos da escola pública deverá observar a proporção mínima de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde se localiza a instituição de ensino.

É necessário pontuar que a palavra “afrodescendente”, bem como a palavra “afro-brasileiro”, trazem mais complicações do que soluções, pois, literalmente, elas se referem ao conjunto de pessoas descendentes de africanos, grupo que ultrapassa em muito

as pessoas negras, destinatárias em primeiro lugar do Estatuto, por serem vítimas da discriminação e da desigualdade racial. Isso não é uma questão sem importância, pois um dos primeiros argumentos levantados contra a adoção das políticas de ações afirmativas e, em especial, as reservas de cotas, é justamente o argumento que a imensa maioria da população brasileira é afrodescendente. Por essa razão, o parágrafo primeiro do artigo 24 do referido projeto de lei definiu como afrodescendente: "as pessoas que se enquadrarem como pretos ou pardos, ou denominação equivalente, conforme classificação adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística". Ou seja, afrodescendente, por definição, é sinônimo de negro. Na realidade, o uso das palavras "afrodescendente" e "afro-brasileiro" atende ao escopo, bem intencionado, de se adotar um linguajar considerado politicamente correto. Porém, essa ideia deve ser revista, na medida em que a palavra "negro" não implica em nenhum demérito ou ofensa. Por outro lado, há ainda o aspecto positivo decorrente do uso da palavra "negro", uma vez que resulta no fortalecimento da valorização da identidade da "população negra". Essa é a expressão adotada pela Lei n.º 12.288/2010.

Ao final, o Projeto instituía a Ouvidoria Permanente em Defesa da Igualdade Racial da Câmara dos Deputados e assegurava tramitação preferencial aos processos judiciais que envolvessem discriminação racial. Embora a tramitação diferenciada tenha sido afastada durante o processo legislativo, entendemos que esse ponto merece uma atenção redobrada dos operadores do direito. Isso porque, conforme o mencionado Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil, 2009-2010, entre os anos de 2005 e 2008, somente 232 ações relacionadas ao crime de racismo foram julgadas pelos tribunais de justiça de todo o Brasil, e apenas 41 casos envolvendo a prática de racismo relacionada ao âmbito de trabalho foram apreciados pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Esses números podem sugerir duas coisas. A primeira é que o racismo na sociedade brasileira é praticamente inexistente, pois somente algumas centenas de processos enfrentaram esse assunto em um universo de milhões de processos. A segunda é que o racismo está fortemente impregnado em nosso cotidiano, o que leva suas vítimas a naturalizarem o desrespeito que sofrem, de forma que não se animam a levar a agressão ao conhecimento das autoridades públicas. Evidentemente, considerando a nossa exposição, somos forçados a concluir pela segunda hipótese.

O substituto ao projeto foi apresentado em 3 de dezembro de 2002, pelo Deputado Reginaldo Germano, porém, o texto jamais fora apreciado pelo Plenário da Câmara dos Deputados. Sem se dar por vencido , o agora Senador Paulo Paim apresentou o

texto do substituto diretamente como Projeto de Lei do Senado, autuado como PLS n.º 213/2003[192].

Esse novo texto apresentou uma melhor sistemática. Iniciou oferecendo definições do que é discriminação racial, desigualdade racial, afro-brasileiros, políticas públicas e ações afirmativas; organização que se manteve na Lei n.º 12.288/2010. Ainda foi acrescentado um artigo, que embora tenha sofrido alterações por parte de setores mais conservadores do Congresso Nacional, tornou-se a pedra fundamental do arcabouço do Estatuto da Igualdade Racial, ao dispor como será promovida a construção da igualdade de oportunidades para os negros. Na redação original, o inciso primeiro, do artigo 4.º, estabelecia que a participação da população negra, em igualdade de oportunidade, no que diz respeito aos bens da vida, se daria por intermédio da inclusão da dimensão racial nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social. Ou seja, a redação do texto reconhecia que, até então, as políticas de desenvolvimento de cunho universalista não haviam logrado a superação das desigualdades raciais. Porém, o inciso correspondente no Estatuto da Igualdade Racial é menos contundente, prescrevendo somente que a participação da população negra se dará por meio da inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social. Assim, o mencionado artigo é mais importante para a consecução das propostas do Estatuto em função de seus incisos do que de seu *caput*, que na luta congressual deixou de mencionar a inclusão da dimensão racial na formulação de políticas públicas.

Outra alteração presente no texto original do PLS n.º 213/2003 digna de menção foi a inclusão de um capítulo dedicado à liberdade de consciência e de crença e ao exercício, sem embaraço, dos cultos religiosos. Infelizmente, a despeito da noção de fraternidade presente no âmago das mais diversas religiões, os adeptos de algumas crenças, usualmente, tropeçam na presunção de se considerarem mais filhos de Deus que os demais. Nesse passo, verifica-se que os ataques físicos e verbais às religiões de matriz africana não são desferidos por incrédulos, mas por religiosos. De tempos em tempos, são veiculadas notícias informando sobre invasões de espaços religiosos afro-brasileiros, promovendo a violência por parte de pessoas com a mente cristalizada na época das cruzadas.

Ademais, foi prevista a criação de um Fundo de Promoção da Igualdade Racial, a ser constituído por receitas da União, parcela da arrecadação das loterias, transferências de Estados e Municípios, doações e condenações judiciais. Todavia, na tramitação no

[192] BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n.º 213 de 2003.* Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=58268>. Acesso em: 3 nov. 2012.

Senado a proposta foi derrubada em virtude da dúvida sobre a sua constitucionalidade. De todo modo, a criação de um fundo teria aspectos positivos para a efetivação dos direitos assegurados pelo Estatuto. Optou-se por determinar, somente, que os planos plurianuais e orçamentos anuais da União poderiam prever recursos para as políticas do Estatuto. O que demandará participação ativa dos movimentos sociais, fiscalizando e cobrando a destinação de recursos conforme previsto na Lei.

Ainda no Senado Federal foram incluídos dispositivos voltados a tratar especificamente da desigualdade de gênero, dado que as mulheres negras são duplamente penalizadas pelo machismo e pelo racismo. Nesse sentido, estabeleceu-se um capítulo destinado às mulheres negras. De mais a mais, a sistemática do capítulo referente ao direito dos remanescentes das comunidades de quilombos às suas terras foi aprimorada, com a inclusão de toda a disciplina relacionada ao procedimento a ser observado para concessão dos títulos de propriedade.

Em 2005, o PLS n.º 213/2003 é remetido à Câmara dos Deputados, ganhando a numeração PL n.º 6.264/2005[193]. Mais de dois anos se passaram até ser instituída uma comissão para debater o assunto, em 2007, levando ainda outros dois anos para a conclusão do substituto.

No texto final, elaborado pela Câmara dos Deputados, foi eliminado o capítulo específico sobre os direitos da mulher negra, que passaram a ser tratados ao longo do projeto, ressaltando a necessidade da adoção de critérios de proporcionalidade de gênero na aplicação das ações afirmativas, e também determinando ações específicas para as mulheres, como a promoção de campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher negra no trabalho artístico e cultural, bem como atenção especial para as situações de violência contra as mulheres negras. Além disso, a regulamentação detalhista sobre a concessão de títulos de propriedade às comunidades remanescentes de quilombolas foi retirada, acrescentando-se dispositivos relacionados ao acesso à terra e à moradia em áreas urbanas. Ademais, as cotas, que ainda permaneciam no projeto, deixaram de adotar um critério percentual genérico fixado pela Lei, determinando-se que essas medidas poderiam ser implementadas e, nesse caso, pautar-se-iam na proporção mínima de negros (pretos e pardos) apurada nos censos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em cada unidade da federação.

---

[193] BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 6.264/2005*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=002B09256D852A98EEA95811BF544BD2.node1?codteor=359794&filename=PL+6264/2005>. Acesso em: 4 nov. 2012.

A principal alteração durante a tramitação na Câmara foi a introdução do Título III, do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial, reorganizando as disposições originais e adequando-as à existência da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República e à consolidação do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, vinculado à SEPPIR. Inicialmente, o SINAPIR foi concebido como o conjunto de políticas, serviços e articulações destinados à implementação das ações afirmativas com vistas à superação da desigualdade e discriminação raciais, tendo por objetivos a promoção da igualdade racial, a formulação de políticas para integração social da população negra, a descentralização das iniciativas para que também sejam formuladas em âmbitos estaduais, distrital e municipais, a articulação das diversas iniciativas e a garantia da eficácia e acompanhamento das ações afirmativas.

Entretanto, ainda não estava concluída a peregrinação do Estatuto da Igualdade Racial, restando-lhe ainda uma forte resistência durante a revisão final do substituto, aprovado na Câmara, no Senado Federal:

> Já no Senado Federal, quando da revisão final, antes de ir para a sanção presidencial, o Estatuto da Igualdade sofreu um duro golpe na Comissão de Constituição e Justiça. O relator suprimiu mais artigos relativos à saúde da população negra, ao mercado de trabalho, ao percentual de candidaturas negras e, em alguns artigos, o conceito sociológico de raça foi substituído por etnia.
> O parecer do Senador Demóstenes Torres foi duro. Nós fomos à tribuna do Senado, em dezembro de 2009, solicitar que não aprovássemos o Estatuto da Igualdade Racial sem ouvir as lideranças do movimento negro, mas não tivemos forças.
> […]
> O senador Demóstenes Torres (DEM) e eu nos obrigamos a deixar de lado nossas convicções para votar o Estatuto da Igualdade Racial, sobretudo naquela data. Sabemos que ele foi pressionado pela elite conservadora para que o projeto não fosse aprovado, mesmo com as alterações incluídas. Assim como nós, para que não fosse votado o novo texto, pois nossos partidários queriam o projeto original.[194]

Efetivamente, a Lei n.º 12.288/2010, em seu artigo primeiro, confunde as noções de raça e etnia ao prescrever que o Estatuto da Igualdade Racial está destinado a garantir à população negra, dentre outras coisas, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos. Conforme já expusemos acima, raça e etnia não são palavras sinônimas, de forma que a discriminação que atinge as pessoas negras decorre, sobretudo, do conceito político-social, e não biológico, de raça. Ou seja, em primeiro lugar, o racismo atinge as pessoas em função de suas características fenotípicas, no Brasil. Evidente que o

[194] SIMÃO, Calil (Coord.). *Estatuto da igualdade racial:* comentários doutrinários. Leme/SP: J. H. Mizuno, 2011. p. 66.

processo de hierarquização racial se sustenta em uma desvalorização da cultura do discriminado, o que nos aproximaria do conceito de etnia, mas, como vimos, o conjunto de pessoas negras pode vivenciar particularidades culturais das mais distintas. O artigo 4.º, que já citamos como um dos mais importantes, se antes estabelecia a inclusão da dimensão racial nas políticas públicas de desenvolvimento, atualmente não faz menção à palavra raça e seus derivados, como se a discriminação em nosso país fosse exclusivamente étnica.

Outra alteração cirúrgica foi realizada no texto do Estatuto. Durante toda a tramitação dos projetos sempre esteve presente a noção de que o Estatuto tinha por objetivo a reparação do passado de escravidão. Na versão final da Câmara estava previsto no artigo 3.º: "o Estatuto da Igualdade Racial adota como diretriz político-jurídica a reparação, compensação e inclusão das vítimas da desigualdade racial, a valorização da igualdade racial e o fortalecimento da identidade nacional brasileira". Os conservadores não podem conviver com isso. Como aceitar que uma lei expressamente reconheça a necessidade de se reparar a escravidão? Afinal, muitas fortunas, posições sociais de prestígio e nomes da "família" não foram erguidos sob a ignomínia da chibata. Por isso o artigo 3.º do Estatuto da Igualdade se limita a dispor: "o Estatuto da Igualdade Racial adota como diretriz político-jurídica a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira".

Observe-se que o Estatuto da Igualdade, no capítulo sobre direito à saúde, não trata especificamente de doenças que são consideradas como mais presentes no segmento negro da população. Ao longo de toda a tramitação sempre estiveram presentes referências explícitas à anemia falciforme e outras hemoglobinopatias. O tratamento dado ao tema é mais amplo e ainda assim assegura a promoção de programas voltados à saúde da população negra.

Outro ponto a ser destacado está presente na seção relativa à educação. Ante a contraposição de forças políticas em relação à adoção da política pública de reserva de vagas nas universidades, optou-se com um dispositivo genérico, determinando que o poder público adotará programas de ação afirmativa. Por um lado, o verbo é contundente, impondo uma obrigação e não simplesmente conferindo uma possibilidade, por outro não faz referência às cotas. Certo é que o enunciado confere legitimidade aos programas de cotas raciais que já estavam em andamento e também serviu de fundamento para a Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012, que positivou a reserva de vagas para estudantes negros nas instituições federais de ensino.

Os enunciados presentes na seção sobre cultura apresentam aspectos positivos, no entanto, parece-nos que os dispositivos que tratam da valorização do samba e da capoeira reproduzem, sob certo aspecto, o racismo sutil que atribui ao negro maior facilidade para o desempenho de atividades rítmicas e corporais. Evidente que são manifestações culturais que muito devem à cultura dos africanos escravizados no Brasil, mas a contribuição dos africanos e do negro para a cultura brasileira não deve ser segmentada, há que se compreender que os elementos comuns de nossa cultura foram forjados, também, com os valores da cultura africana.

No que diz respeito à liberdade de consciência e crença e ao livre exercício dos cultos religiosos, o que está em jogo não é efetivamente a religião à qual preponderantemente os negros são adeptos. Na realidade, a maioria dos negros é católica e evangélica.[195] Ainda assim, as medidas são fundamentais, pois essas religiões são constantemente vítimas de desrespeito pelos demais cultos, e a degradação de sua imagem está intimamente ligada à pratica com origem em nosso passado colonial, no qual os senhores combatiam fervorosamente as manifestações religiosas de seus escravos. Esse repúdio às religiões de matriz africana foi também praticado pelas instituições republicanas, em especial pela polícia, até meados do século passado. A proteção a essas religiões é a proteção da contribuição africana para o nosso cadinho espiritual. Na defesa dessas crenças destaca-se o enunciado que determina a adoção de medidas para coibir a utilização dos meios de comunicação para difusão de mensagens de intolerância.

Além disso, conforme pontuamos, o tratamento dado ao tema quilombola foi diminuído, permanecendo no Estatuto alguns enunciados menos específicos, assegurando o direito ao reconhecimento ao título de propriedade definitiva. Esse capítulo dá destaque ao acesso à terra, ampliando a concessão de facilidades para a produção agrícola, por intermédio de financiamentos e fortalecimento da infraestrutura logística para comercializar a produção. Igualmente, o capítulo aborda a questão da moradia nas áreas urbanas, pois os negros compõem a maioria das pessoas que vivem em residências precárias e em áreas de risco, desde os tempos da abolição, quando seguiram para as cidades em busca de oportunidades.

O capítulo sobre o trabalho não contém a previsão de cotas, como no projeto original, lembrando que este previa que as empresas com mais de vinte empregados

[195] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro, p. 1-215, 2010. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 23 out. 2012.

deveria manter no mínimo 20% de trabalhadores negros. Ademais, o capítulo justifica as medidas que apresenta com base em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, especialmente na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e na Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho. Em vez de cotas, estabelece-se que o poder público logrará construir a igualdade de oportunidades com medidas de formação profissional, de emprego e de geração de renda. Essa alteração foi benéfica. Quando se previu cota para a composição do quadro de funcionários para as empresas com mais de vinte trabalhadores, limita-se a medida a garantir a condição de empregado. Durante a tramitação do Estatuto, foram sendo acrescentadas iniciativas para a promoção de empresários negros, afinal, a igualdade será atingida quando os negros ocuparem todos os espaços na relação capital x trabalho, em consonância com sua proporção na sociedade brasileira. Ainda se faz necessário reconhecer que a desigualdade presente no mercado de trabalho é um dos principais fatores que servem de substrato para a manutenção da ideia de diferenças de capacidade entre brancos e negros. É dizer, enquanto a estrutura racista e social da nossa sociedade, na qual a mobilidade de classe é reduzida[196], persistirem, terá força o argumento de que os negros têm facilidade para as atividades físicas. Ou seja, implicitamente, menos capacidade para as atividades intelectuais, justamente as mais bem remuneradas e prestigiadas. Ao demais, o artigo 42 possibilita a implementação de mecanismos para aumentar a participação dos negros nos cargos em comissão e em funções de confiança, tema que merece redobrada atenção, pois os órgãos públicos possuem estruturas das mais diversas: em alguns, o quadro é amplo, enquanto que em outros, reduzido, o que deve ser levado em conta, pois em cada qual o grau de confiança que se deposita nos cargos em comissão e em funções de confiança varia. O que em primeiro lugar se deve fazer é criar mecanismos para que os negros possam ocupar de forma mais proporcional os cargos públicos e as atividades do setor privado.

O último dos capítulos inseridos no título de direitos fundamentais é o que trata dos meios de comunicação. O que se está a enfrentar é a invisibilidade gritante do negro na televisão e nas peças publicitárias em geral. Se esse assunto surpreende o leitor, basta que observe por alguns minutos as propagandas presentes no intervalo entre as seções dos

[196] "Todos se esforçam por salientar as exceções, glorificar os negros que se tornaram célebres, para melhor fazer esquecer a situação da massa. Esse elogio de raça não passa de um subterfúgio em que o branco se gaba da sua bondade, de seu espírito aberto, e que desvia o pensamento de todas as barreiras que ele opõe à ascensão do grupo de cor. O preconceito de cor torna-se um instrumento na luta econômica, a fim de permitir a dominação mais eficaz de um grupo sobre o outro". cf. BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Brancos e negros em São Paulo*. 4. ed. São Paulo: Global, 2008. p. 173.

programas televisivos e que conte quantos atores e atrizes negras são vistos, tendo em mente que segundo o último censo do IBGE a maioria da população brasileira é negra. A noção do branco como o representante legítimo e natural da humanidade redunda no negro ser o sujeito exótico, por isso ausente ou então pontualmente presente. O mesmo se passa com as novelas[197], filmes nacionais, programas de auditório e telejornais.

Ao final, o Estatuto da Igualdade Racial institui o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial, já mencionado, que promove alterações nas Leis n.º 7.716 de 1989, n.º 9.029 de 1995, n.º 7.347 de 1985 e n.º 10.778 de 2005.

3.2 Ações afirmativas

O Estatuto da Igualdade Racial é a iniciativa mais ampla formulada desde a abolição do regime escravocrata com vistas a promover a construção de uma sociedade equilibrada sob o prisma dos grupos raciais, considerando tanto a necessidade de uma distribuição justa dos bens sociais como o respeito a cada um dos grupos raciais[198]. O principal instrumento de que se serve o Estatuto para lograr atingir esse objetivo são as ações afirmativas, definidas na própria lei como "os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades".

Essa definição está em consonância com as definições de ações afirmativas apresentadas pelos estudiosos. Considerando que as ações afirmativas almejam eliminar desigualdades inaceitáveis, a sua aplicação implica em que elas tenham caráter transitório, pois conforme elas são efetivadas e se superam as causas que as justificaram, elas devem ser repensadas, conforme Munanga:

---

[197] "Nós temos discutido bastante a questão das cotas para os atores negros nas telenovelas. Diz-se que é um absurdo querer estabelecer uma cota, porque as cotas são contra a liberdade de criação. Mas o curioso é que, com exceção das novelas que têm como fundo a temática da escravidão, percebemos, ao examinar novela por novela, que existe uma cota sim, no entanto é uma espécie de cota negativa. Ou seja, não existe nenhuma novela, em horário nobre, em que o número de atores negros escalados ultrapasse a cota de 10% do total do elenco. É como se os autores, produtores e diretores dissessem que só pode ter 10% de negros, mesmo que a história se passe na Bahia, onde quase todo mundo é negro. Mas, o pior é que não cabe mais que 10% de negro porque na cabeça daqueles que fazem a telenovela brasileira está a preocupação de fazer um produto bonito, de Primeiro Mundo, então a beleza não pode ser negra, tem que ser branca; então, é preciso fazer da Bahia de Jorge Amado uma Bahia bonita e sensual, portanto branca. RAMOS, Silvia (Org). *Mídia e racismo*. Rio de Janeiro: Pallas, 2002. p. 66.

[198] No que diz respeito à luta por distribuição e por reconhecimento, ver: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: 34, 2003.

> Elas podem ser entendidas como um conjunto de políticas, ações e orientações públicas ou privadas, de caráter compulsório (obrigatório), facultativo (não-obrigatório) ou voluntário que têm como objeto corrigir as desigualdades historicamente impostas a determinados grupos sociais e/ou étnico/raciais com um histórico comprovado de discriminação e exclusão. Elas possuem um caráter emergencial e transitório. Sua continuidade dependerá sempre de avaliação constante e da comprovada mudança do quadro de discriminação que as originou.[199]

Definição similar foi apresentada por Joaquim Barbosa, na oportunidade em que o autor destacou que as ações afirmativas se destinam a combater as discriminações mais variadas, não exclusivamente a racial:

> Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar 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.[200]

Por sua vez, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial[201], definiu as ações afirmativas como:

> As medidas especiais tomadas com 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.[202]

---

[199] MUNANGA, Kabengele. *O negro no Brasil.* São Paulo: Global, 2006. p. 186.

[200] GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa no direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 151, p. 129-152, 2001.

[201] "Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de foram genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Sob essa ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Nesse cenário, as mulheres, as crianças, a população afro-descendentes (sic.), os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, como direito fundamental, o direito à diferença". PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: Seppir, 2006, p. 30.

[202] NAÇÕES UNIDAS. 1965. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*. Doc. ONU A/RES/2106, art. 1º, § 4º.

As ações afirmativas de cunho racial são fruto da percepção que a legislação de cunho repressivo era incapaz de promover a participação equânime dos grupos marginalizados em sociedades marcadas pela discriminação[203].

No Brasil, a despeito da finalidade de concretizar o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, as ações afirmativas, além de envoltas em polêmicas, são objeto de ataques dos mais diferentes. Uma coisa é a ação afirmativa não ser compreendida, recebendo questionamentos na tentativa de construção de um diálogo sincero que tenha por objetivo o melhor para a sociedade brasileira. Outra coisa é o combate a essa política pública por afrontar interesses conservadores. Esta última postura pode ser identificada quando os argumentos levantados contra as ações afirmativas são distorcidos e enviesados, como o fizeram alguns partidos e algumas personalidades de trânsito fácil nos veículos de comunicação em massa.

As críticas contra as ações afirmativas são das mais diversas, partindo do campo jurídico ao biológico, com questionamentos sinceros quanto à viabilidade das iniciativas e também com argumentos distantes da verdade. Consideramos necessário enfrentar todos e por uma razão: o mito da democracia racial ainda espreita a sociedade brasileira e na tentativa de deslegitimar as recentes conquistas, ele vem sendo novamente utilizado como expediente para deter as ações afirmativas. A ideia de democracia racial é o principal apoio da maioria dos rivais das ações afirmativas. Além disso, é forçoso indicar que a fervura que o debate sobre ações afirmativas atingiu na sociedade brasileira decorre da implementação de uma ação afirmativa específica, as reservas de vagas para os cursos de graduação nas universidades públicas.

Há pessoas que reconhecem que o negro ocupa os espaços sociais de menor prestígio, recebendo os piores salários e vivendo em condições mais precárias, todavia essa situação seria um problema econômico e não racial, de modo que as ações afirmativas devem ser voltadas aos mais pobres e não aos negros. De início, conforme indicamos anteriormente, o Brasil por décadas optou por políticas universalistas, em especial no período no qual o Estado passou a adotar uma política proativa no que diz respeito à intervenção econômica com vistas ao desenvolvimento nacional, entretanto o resultado foi

[203] "Foi a partir da década de 60 que alguns constitucionalistas mais engajados e comprometidos com a efetivação do Estado Democrático de Direito passaram a perceber que a simples inserção formal nos textos constitucionais do princípio da igualdade e a proibição de condutas discriminatórias, com a cominação de penas nas hipóteses em que estas fossem verificadas, não era suficiente para a efetivação do princípio da igualdade jurídica. Portanto, ainda que a previsão no texto constitucional seja imprescindível, a realidade dos fatos demonstrou que esta, por si só, não tem o condão de assegurar o devido respeito e proteção ao princípio da igualdade". PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 1, p. 414.

a manutenção das disparidades entre os grupos raciais. É por esse motivo que, diversas vezes, quando se enfrentou a questão das cotas nas universidades, as cotas sociais foram apresentadas como uma alternativa melhor do que as cotas raciais. Todavia, o que a ação afirmativa contra a discriminação e desigualdade racial almeja não é a eliminação da pobreza, mas sim o combate ao racismo. Afirma-se que os negros com melhores níveis educacionais e econômicos seriam privilegiados. Fato é que mesmo essas pessoas continuavam distantes dos bancos universitários e bom seria para o Brasil que eles lá estivessem e conquistassem as posições sociais de prestígio, para assim esmorecer um dos pilares do racismo[204]. É muito pertinente a consideração de que o argumento de se favorecer as pessoas em melhores condições econômicas não é oposto a ações afirmativas que beneficiam outros grupos desprivilegiados:

> Contudo, não percebemos a acusação de estabelecimento de privilégios aos idosos ricos que se beneficiam de tratamento preferencial no Poder Judiciário brasileiro, proporcionado pelo Estatuto do Idoso, quando comparado com os idosos pobres; menos ainda que aqueles têm privilégios como a reserva de vagas para seus automóveis em estacionamentos públicos, quando a maioria avassaladora dos idosos pobres nem automóvel possui. Não vemos a acusação de estabelecimento de privilégios às mulheres ricas, as empresárias ou mesmo às funcionárias públicas de alto escalão, que se aposentam com o mesmo tempo de serviço prestado ou de contribuição ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) que é exigido das mulheres empregadas no setor privado, como, por exemplo, das empregadas domésticas, das garis, das faxineiras, das cortadoras de cana, entre outras. Estas últimas geralmente têm condições de trabalho bem precárias, ao passo que as funcionárias públicas de alto escalão têm não só melhor qualidade de trabalho, mas melhores condições econômicas também. Não vemos a acusação de estabelecimento de privilégios aos portadores de deficiência física que são ricos e se beneficiam das cotas em concurso público, quando comparados com os portadores de deficiência que são pobres ou de baixa renda.[205]

Existem também argumentos no sentido de que ainda que se admita a existência do racismo e que a ações afirmativas baseadas no fator raça possam ser uma alternativa, restaria ainda o problema de se identificar quem poderia ser o beneficiário dessas medidas. Primeiro porque todos ou quase todos os brasileiros possuem elementos genéticos africanos, havendo até quem tenha ido além, ao surpreendentemente afirmar que

[204] "De fato, as políticas de ação afirmativa produzem o efeito de quebrar estereótipos negativos. A sua aplicação enseja o aumento do número de afrodescendentes bem-sucedidos, ocupando posições de destaque na sociedade. Dessa forma, os negros passam a ter exemplos de outros negro em que se inspirar, o que favorece sua identidade. Isso os auxilia a deixarem de se ver e de serem vistos como 'naturalmente' talhados para funções subservientes, tidas socialmente como menos nobres". PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial.* Brasília: Seppir, 2006. p. 81.

[205] SANTOS, Sales Augusto dos. Ações afirmativas: racialização e privilégios ou justiça e igualdade? *Sísifo. Revista de Ciências da Educação*, Lisboa, v. 10, p. 111-120, 2009. Disponível em: <http://sisifo.fpce.ul.pt/?r=25&p=117>. Acesso em: 29 out. 2012.

as iniciativas seriam inócuas dado que a humanidade tem como berço o continente africano:

> O problema da implementação da política de cotas, em um país etnicamente tão diverso como o nosso, está perfeitamente caracterizado no artigo de Maio e Santos. Que nível de ancestralidade africana, européia ou ameríndia deve ser considerado como "significante"? Pena e Bortolini (2004) assinalaram que 86% da população brasileira possui mais de 10% de ancestralidade africana; portanto, potencialmente, essa fração poderia solicitar o benefício das cotas; mas eu sou mais radical. Como está amplamente demonstrado (para horror dos racistas!) que a África foi o berço de toda a humanidade, é óbvio que todos os brasileiros têm potencialmente direito ao benefício.[206]

Este é um exemplo de distorção consciente do instituto das ações afirmativas, pois jamais as ações afirmativas foram fundamentadas em características genéticas. Não é o fato de tal ou qual percentual genético de traços africanos que justificaria a política pública, ao contrário, ela decorre do reconhecimento de que opções sociais, econômicas e políticas de um passado baseado na escravidão produziu desigualdades que ainda persistem, bem como preconceitos que permanecem em nossa sociedade. O argumento, sobretudo, é racista, pois implicitamente admite a inferioridade congênita dos africanos.

Como já tratamos anteriormente, o conceito biológico de raça não ampara, nos dias de hoje, a noção sociológica de raça da mesma forma que os estudos sobre o genoma não eliminaram o racismo secular das mentes e corações humanos.

Questionamentos mais sérios foram formulados em relação à dificuldade de se identificar quem se beneficiaria das ações afirmativas, pois se deveria pensar em um critério justo. Descartada a pertinência dos testes de DNA, cogitou-se a criação de comissões que pudessem avaliar quem é ou não negro. Essa fórmula não vingou e não o poderia de toda forma. O enquadramento racial se dá em uma relação dinâmica, influenciada pelas pessoas que estão na condição de avaliador e de avaliado, e nas experiências de cada um. É dizer, uma mesma pessoa pode ser considerada branca, parda ou negra a depender de quem a avalia. Atualmente, o critério predominante é o da autodeclaração. Ou seja, aquele que se compreende como negro assim se manifesta a fim de participar das ações afirmativas raciais, o melhor dos critérios possíveis. É certo que podem ocorrer fraudes, afinal uma pessoa que se entenda como branca poderia se afirmar como negra com a finalidade de obter as condições oferecidas pelas políticas de ação afirmativa. O sistema há de conviver com essa desfaçatez, afinal, pior solução seria obstar

[206] SALZANO, Francisco Mauro. Raça, racismo e direitos humanos. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 225-227, jan/jun 2005.

as medidas reparatórias para as vítimas do racismo em função de alguns privilegiados da estrutura racial não estarem satisfeitos com sua condição de distinção. Nesse sentido se manifestou Marina Gusmão de Mendonça:

> Dificuldade de se definir quem é negro no Brasil, o que, segundo os opositores das cotas, facilitaria a fraude: neste caso, o argumento é simplesmente risível. Na verdade, as supostas fraudes seriam praticadas por pessoas brancas que, para obter uma vantagem indevida, se declarariam negras. No limite, propõe-se punir antecipadamente os negros por eventuais fraudes que venham a ser cometidas por brancos […].[207]

Há quem afirme por sua vez que as ações afirmativas de cunho racial poderiam provocar atritos entre os grupos raciais. Essa é a perspectiva da casa-grande, é a crença de que existe harmonia racial no Brasil, é a mentalidade estacionada nos anos quarenta. Por certo que em nosso país não existem conflitos raciais deflagrados, o que não se pode confundir com harmonia; o que existe é uma estável hierarquia de posições e de acesso aos bens, frutos do trabalho social, aqui estabilidade não se confunde com equilíbrio. A proporção de negros nos espaços sociais não corresponde a sua proporção no conjunto populacional, basta observarmos as profissões, as posições de chefia, os altos cargos públicos, os títulos universitários, as moradias, a presença nos meios de comunicação. No mais, se observamos que as ações afirmativas, em especial nas universidades, já completaram uma década, percebe-se que, se houve acirramento da tensão racial, ele foi benéfico para nossa sociedade, pois proporcionou a discussão em torno do mito da democracia racial. Por certo que algumas pessoas, anteriormente exclusivamente privilegiadas pela hierarquia racial, ficaram desgostosas. Mas não se tem notícia de que os negros se encontram intimidados com possíveis hostilizações por parte de seus colegas universitários, muito pelo contrário, estão aproveitando a oportunidade de ascensão social, carregando consigo as esperanças de uma sociedade mais justa. E essa convivência com o outro na formação universitária só tem benefícios a trazer.

Ainda no que diz respeito às reservas de vagas universitárias já se utilizou e ainda se ventilam os argumentos de que as cotas implicam uma afronta ao princípio da meritocracia e também resultariam na diminuição da qualidade dos estudantes formados por essas instituições. Quanto ao primeiro, basta que se compreenda em seus aspectos reais a sociedade brasileira. O fato de alguém estudar nas melhores escolas, com o melhor

[207] MENDONÇA, Marina Gusmão de. Abolição – rupturas e permanências: políticas sociais e inclusão e o sistema de cotas no ensino universitário. *Sankofa. Revista de História da África e de Estudos da Diáspora Africana*, São Paulo, nº 2, p. 117-126, dez. 2008.

material didático e com bons professores, bem como ter pais com níveis de escolaridade mais altos, e da mesma forma ser educado tendo a perspectiva de fazer um curso universitário não o faz ter mais mérito em relação àqueles que não tiveram as mesmas oportunidades e, igualmente, não implica que a admissão desse estudante melhor preparado deva ser a única preocupação das instituições universitárias[208]. O mérito pressupõe igualdade nas condições das quais partem os competidores. Esse aluno só pode vir a ter mais mérito em relação aos colegas que tinham as mesmas condições. É dizer, o mérito poderia repousar no fato de ele ter compreendido mais cedo suas responsabilidades e ter se dedicado mais aos estudos, porém, em relação às pessoas que não tiveram as mesmas chances, quaisquer comparações são, evidentemente, injustas.[209]

Já em relação ao argumento da queda na qualidade do curso universitário, é preciso algo mais que o simples senso de justiça para rechaçá-lo, pois as palavras podem por um lado afirmar que os alunos cotistas não têm formação necessária para acompanhar o curso, como poderiam também dizer que diante da oportunidade especial para suas vidas com outras perspectivas, os estudantes se desdobrariam para acompanhar o curso. Ante o impasse, os fatos. Diversas pesquisas já foram realizadas e demonstraram que o desempenho dos alunos que ingressaram por intermédio do sistema de reserva de vagas é igual ou superior ao dos estudantes não cotistas. O IPEA publicou, em 2009, um livro que reúne algumas experiências relativas à adoção de cotas para o vestibular e em relação ao

---

[208] "Os responsáveis pelas admissões não devem oferecer vagas como prêmios por realizações e trabalhos passados, nem como medalhas por talentos ou virtudes inerentes: seu dever é tentar escolher um corpo discente que, no todo, venha a dar a maior contribuição possível às metas legítimas que a instituição definiu. A educação superior de elite é um recurso valioso e escasso, e, embora só esteja disponível para pouquíssimos alunos, é paga por toda a comunidade, mesmo no caso das universidades 'particulares', que são parcialmente financiadas por verbas públicas e cujos doadores 'particulares' se beneficiam das deduções tributárias. As universidades e faculdades têm, portanto, responsabilidades públicas: devem escolher metas que beneficiem uma comunidade muito mais ampla do que seus próprios corpos docente e discente.". DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana:* a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 569.

[209] "No entanto, nas falas dos sujeitos que combateram as cotas a partir do argumento de que seriam injustas porque não levariam em conta o mérito, o argumento segundo o qual elas seriam legítimas porque os negros sofreriam uma descriminação sistemática que inviabilizaria a igualdade de oportunidades ou foi ignorado ou foi combatido com o argumento, implícito, segundo o qual a discriminação contra os negros não seria mais danosa do que a discriminação sofrida por outros grupos sociais.

No discurso de Valdemar [uma das pessoas entrevistas], todos devem 'conseguir as coisas por esforço próprio'; ninguém pode ser beneficiado por leis que concedam privilégios a determinados grupos. Nesse discurso, o 'esforço próprio' se transforma no único determinante da entrada ou não na universidade, um fator determinante sem qualquer relação com outros fatores. A escola secundária que os sujeitos frequentam, a renda e a escolaridade dos pais, a discriminação de toda uma vida etc. são ignoradas. Tudo depende desse 'esforço', dessa motivação individual que não é afetada por nada: só depende do indivíduo.". OLIVEIRA FILHO, Pedro. A mobilização do discurso da democracia racial no combate às cotas para afrodescendentes. *Estudos de Psicologia,* Campinas, v. 26, n. 4, nov./dez. 2009, p. 429-436. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v26n4/03.pdf>. Acesso em: 18 set. 2012.

desempenho dos estudantes cotistas na Universidade de Brasília – UnB, que adotou critério exclusivamente racial, considerou:

> No que se refere ao desempenho, não se percebem diferenças significativas entre os alunos aprovados pelo sistema de cotas e o sistema universal. Em aprovação nas disciplinas cursadas, os alunos cotistas apresentam um índice de 88,90% e os não cotistas, de 92,98%. Quanto ao trancamento de matéria, o índice é de 1,73% para cotistas e 1,76% para não cotistas. Na média geral do curso, que varia entre 0 e 5, também se verifica que é pequena a desvantagem dos alunos cotistas em relação aos não cotistas. O índice dos cotistas é de 3,57%, enquanto os não cotistas apresentam um índice de 3,79%. A experiência de AAs [ações afirmativas] na UnB demonstra, assim, que as cotas raciais não representam uma perda de qualidade do ensino na instituição, como receavam alguns críticos do programa.[210]

O desempenho positivo dos estudantes cotistas também foi verificado na Universidade Federal da Bahia – UFBA, que adotou critério racial no bojo de cotas sociais:

> Avaliações de desempenho no vestibular mostram que os alunos cotistas apresentam um desempenho equivalente ou superior aos alunos não cotistas em diversos cursos. Segundo dados da Pró-Reitoria de Graduação, em 37 dos 71 cursos oferecidos pela instituição, a maior nota na primeira fase do vestibular foi de alunos que se inscreveram pelo sistema de cotas. Em oito cursos, incluindo os de maior prestígio social, como direito e comunicação social, a maior pontuação foi obtida por alunos egressos de escola pública. Estes dados parecem apontar para um outro efeito positivo dos sistemas de cotas: incentivar a participação nos vestibulares em universidades públicas de alunos negros e egressos de escola pública que não se sentiam confiantes sequer para tentar enfrentar o processo seletivo.[211]

Por derradeiro, combatem-se as ações afirmativas sob o argumento de que elas seriam inconstitucionais por representarem uma afronta ao princípio da igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei. Nesse ponto se faz necessário retomar o ensinamento apresentado por Celso de Mello, a lei discrimina situações rotineiramente:

> O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a alguma são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.
> Exemplificando, cabe observar que às sociedades comerciais quadram, por lei, prerrogativas e deveres diferentes dos que pertinem às sociedades civis; aos maiores é dispensado tratamento inequiparável àquele outorgado aos menores;

[210] CASTRO, Jorge Abrahão; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro; ANDRADE, Carla Coelho de. (Org.) *Juventude e políticas sociais no Brasil*. Brasília: Ipea, 2009. p. 274. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/Livro_JuventudePoliticas.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2012.
[211] Ibidem, p. 277.

> aos advogados se deferem certos direitos e encargos distintos dos que calham aos economistas ou aos médicos, também diferençados entre si no que concerne às respectivas faculdades e deveres. Aos funcionários assistem vantagem e sujeições que não são irrogáveis a quem careça desta qualidade. Entre os servidores públicos alguns desfrutam de certos benefícios que falecem a outros, dependendo, por hipótese, de serem concursados ou não. As mulheres se aposentam aos trinta anos, os homens aos trinta e cinco. Os exercentes de função gratificada de chefia percebem uma importância correspectiva, ao passo que os subalternos dela carecem. Os que cumprem certo tempo de serviço sem faltas e notações desfavoráveis são agraciados com licença-prêmio; aos restantes não se dispensa igual benefício.[212]

Dessa perspectiva, descortina-se a outra faceta do princípio da igualdade, que deve ser compreendido como a vedação do tratamento desigual em situações de igualdade e a obrigatoriedade de tratamento diferenciado em situações distintas. Essa é a aplicação do princípio da igualdade mais consentânea com o atual estágio da compreensão jurídica sobre esse princípio. Infelizmente, na ânsia de se combater as medidas reparatórias de nosso passado escravocrata, retoma-se, sem rodeios, a concepção de igualdade dos tempos liberais.

A efetivação da face propositiva do princípio da igualdade é compromisso assumido pelo Estado Democrático de Direito, legitimado com base em políticas públicas que visam a correção de distorções presentes na sociedade:

> Desta forma, materializam-se constantes discriminações com finalidade justificada, assim consideradas como discriminações positivas e talvez o mais importante desdobramento do princípio constitucional da igualdade, por meio das quais se pretende reduzir as diferenças sociais hoje não inferiores a épocas passadas.[213]

A questão, assim, não repousa na possibilidade de tratar as pessoas de forma desigual, o que a lei já faz há muito tempo, mas sim se o tratamento diferenciado está respaldado em uma desigualdade real e injusta:

> Cabe, por isso mesmo, quanto a este aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com

[212] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 13.
[213] ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS, 2004. p. 163.

> a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.[214]

Além dessas considerações doutrinárias, o tema da constitucionalidade da ação afirmativa de cunho racial foi alçado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, proposta pelo Partido Democratas, decidiu em votação unânime pela constitucionalidade do programa de reservas de vagas na Universidade de Brasília. Nesse embate jurídico, o juízo de proporcionalidade assumiu papel relevante, na medida em que tanto o autor da ação, quanto o relator, serviram-se da noção de proporcionalidade para a exposição de seus pontos de vista[215].

3.3 O instrumental

A aplicação das políticas públicas de ação afirmativa presentes no Estatuto da Igualdade Racial está condicionada a uma apreciação correta do princípio da igualdade, sob o prisma do mandamento de tratamento desigual para situações desiguais, fórmula já clássica. Para tanto, faz-se necessário ponderar, em cada caso concreto, sobre a relação entre a medida aplicada, o fato a ela relacionado e a finalidade por ela almejada. Em outras palavras, será preciso realizar o juízo de proporcionalidade, compreensão compartilhada por Steinmetz:

> Precisamente, como opera o controle de proporcionalidade da diferenciação ou do tratamento desigual? Antes de pôr em movimento o controle de proporcionalidade, identifica-se qual é, clara e precisamente, a relação meio-fim e examina-se a *constitucionalidade* do fim que se persegue ou que se pretende promover com o tratamento desigual. Realizados esses exames prévios, examina-se, então, sucessivamente, (*i*) a *adequação* entre o meio (a própria diferenciação) e o fim almejado, (*ii*) a *exigibilidade* do meio e (*iii*) a *proporcionalidade em sentido estrito* entre os graus de afetação e de realização dos direitos e/ou bens

[214] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 39

[215] Dentre outras coisas, argumentou o Partido Democratas: "Assim, a análise da constitucionalidade dos atos administrativos e normativos secundários da UnB, por meio dos quais se implementaram as cotas raciais e se instituiu a Comissão Racial, precisa ser realizada em confronto com o princípio da proporcionalidade, a partir da análise dos seus subprincípios". Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou em seu voto: "Não basta, pois, como já adiantei acima, que as políticas de reserva de vagas sejam constitucionais sob o ponto de vista da nobreza de suas intenções. É preciso também que elas, além de limitadas no tempo, respeitem a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins colimados, em especial que sejam pautadas pela razoabilidade […] Dito de outro modo, a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição". As peças eletrônicas podem ser obtidas no *site* do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>.

> constitucionais que estão em questão em virtude de tratamento diferenciado. Se a diferenciação ou o tratamento desigual for reprovado no exame de proporcionalidade, então estará ordenado o tratamento igual.[216]

Nesse ponto, cabe esclarecer que debruçamos nossa atenção sobre o juízo de proporcionalidade também em função de ser este um dos principais parâmetros de análise adotado pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolvem a colisão de princípios. Desse modo, seguramente, as eventuais ações propostas perante a Corte, com questionamentos ao Estatuto da Igualdade, sejam julgadas com amparo no instrumental teórico atualmente adotado para a solução nos casos difíceis. Outrossim, cumpre elucidar que existem muitas divergências em torno do tema da proporcionalidade. Primeiramente, ainda não se logrou estabelecer consenso sobre a existência de conteúdos aptos a distinguir a noção de proporcionalidade da noção de razoabilidade, dado que muitos estudiosos consideram que as duas palavras se referem ao mesmo conceito[217]. Em contrapartida, há também quem tenha sistematizado diferenças significativas entre a proporcionalidade e a razoabilidade[218]. Outrossim, a proporcionalidade já foi definida como um princípio, um postulado normativo, uma regra, ou uma máxima. De fato, as construções teóricas partem de ópticas peculiares, implicando em sutilezas e também em conclusões discrepantes. Contudo, considerando nossa preocupação com a interpretação e aplicação das normas presentes no Estatuto da Igualdade Racial por parte dos tribunais, é pertinente nos dedicarmos ao que há de comum nas diferentes construções teóricas relacionadas ao juízo de proporcionalidade, uma vez que as filigranas e nuanças doutrinárias não repercutem decisivamente, neste assunto, nos votos dos magistrados.

Posto isso, o juízo de proporcionalidade, em regra, é compreendido como composto por três tipos averiguações, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[219]. Além disso, é consabido que diversos doutrinadores se propuseram a definir cada um desses exames e entendemos que seria dispendioso empreender uma compilação de todas essas definições. Por isso valemo-nos do jurista português José

---

[216] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 239-240.

[217] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 280.

[218] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2012.

[219] "Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com sua três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza". ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-117.

Canotilho, que elaborou uma das explicações mais didáticas sobre cada um desses juízos. Canotilho elucidou que o princípio da adequação (ou da conformidade):

> […] impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adopção […][220]

O célebre professor da Universidade de Coimbra elucidou que no caso do princípio da necessidade (ou da exigibilidade):

> […] exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. Dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) *exigibilidade material*, pois o meio deve ser o mais "poupado" possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados.[221]

Ademais, Canotilho expõe a noção de equidade, ou justa medida, subjacente ao juízo de proporcionalidade em sentido estrito:

> Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à "carga coactiva" da mesma. Está aqui em causa o *princípio da proporcionalidade em sentido restrito*, entendido como princípio da "justa medida". Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de "medida" ou "desmedida" para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.[222]

Além disso, é necessário ressaltar que esse instrumental teórico, à primeira vista, destina-se a servir como parâmetro para a solução de casos envolvendo a colisão de princípios, entretanto, também poderá ser utilizado para situações em que haja conflito

[220] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 269 e 270.
[221] Ibidem, p. 270.
[222] Ibidem, loc. cit.

entre uma regra e um princípio. Nesse caso, em realidade, o conflito sempre se dará entre o princípio subjacente à regra e outro princípio.[223]

Feitos esses esclarecimentos, podemos analisar o controle de proporcionalidade de desigualdade das normas do Estatuto referentes, por exemplo, ao tema da saúde da população negra. Inicialmente, o exame de constitucionalidade dessas ações afirmativas deve ser cindido em duas partes. A primeira diz respeito à constitucionalidade própria das ações afirmativas raciais, de forma genérica, em face do artigo 5.º da CF, tema sobre o qual já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 186. A outra parte está relacionada com as medidas na área da saúde e seu fundamento constitucional, valendo lembrar que o direito à saúde é um dos direitos sociais previstos no artigo 6.º da Carta Magna, sendo obrigação de todos os entes federativos. E mais especificamente, conforme o artigo 196, a saúde é direito de todo cidadão brasileiro, ao qual é assegurado o acesso universal e igualitário ao sistema de saúde. Dito isso, é preciso verificar se de fato todos têm acesso ao sistema e se todos recebem tratamento em iguais condições, pois caso contrário estará justificado o recurso a medidas de ação afirmativa.

O citado Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil 2009-2010 apresenta a situação do acesso ao sistema de saúde quando observado pelo prisma da questão racial, e é revelador de desigualdades e de discriminações, sendo pertinente transcrever suas conclusões no tocante a este tópico:

> • 43,5% dos homens pretos & pardos não haviam visitado um médico nos últimos 12 meses. Entre os brancos, este percentual foi de 38,6%. No contingente feminino, o percentual de não visita ao médico no último ano foi de 26,2% entre as pretas & pardas e de 21,5% entre as brancas. Dentro de cada grupo de sexo, os pretos & pardos tendiam a ir ao médico menos vezes.
>
> • 12,0% dos pretos & pardos que apresentavam quadro de saúde ruim ou muito ruim não haviam tido uma consulta médica nos últimos 12 meses. Entre os brancos, este percentual foi de 8,8%.
>
> • 15,4% dos homens pretos & pardos nunca haviam ido ao dentista, diante de 10,1% dos brancos. No contingente feminino, o peso relativo de pretas & pardas que nunca haviam ido ao dentista foi de 12,6%, diante de 8,5% das brancas. Em geral, mesmo quando já haviam realizado ao menos uma visita ao dentista ao longo de suas vidas, os pretos & pardos o tinham feito proporcionalmente há mais tempo.
>
> • Dos pretos & pardos que procuraram atendimento à saúde, 15,6% declararam terem considerado o serviço regular, ruim ou muito ruim, percentual que, entre

[223] "[…] quando um princípio entra em colisão com uma regra, deve haver um sopesamento. Mas esse sopesamento não ocorre entre o princípio e a regra, já que regras não são sopesáveis. Ele deve ocorrer entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia". SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 52.

> os brancos, foi de 11,1%. Tal indicador sugere um diálogo com o tema do racismo institucional e as formas diferenciadas de tratamento recebido dentro dos estabelecimentos do sistema de saúde do país. A diferença no indicador entre as mulheres pretas & pardas (as mais insatisfeitas) e os homens brancos (os menos insatisfeitos) foi de 5,2 pontos percentuais.
>
> • Embora não tivessem sido elevados, os pretos & pardos apresentaram um maior percentual de não atendimento ao serviço de saúde, seja na condição de desalentados, seja na condição de desamparados. Este grupo representou 58,4% dos que não conseguiram atendimento por não terem conseguido senha ou por excesso de demora no atendimento, 66,1% dos que não foram atendidos porque não tinha médico ou dentista atendendo, 66,3% dos que não lograram ser atendidos por não haver o profissional especializado ou porque o equipamento não estava funcionando. Tal assimetria se fazia presente em todas as macrorregiões do país. Os maiores percentuais de não atendimento incidiam justamente sobre as mulheres pretas & pardas. Tais resultados depõem fortemente contra a efetivação do dispositivo constitucional que reza pela universalidade do atendimento à saúde.
>
> • Para cada 100 pessoas pretas & pardas que haviam procurado atendimento em serviços de saúde, aproximadamente 29 pessoas (28,9%) não o fizeram mesmo tendo expressado necessidade de fazê-lo. Entre os brancos, este percentual foi menos da metade, 14,2%. Tal situação afetava 1/3 dos homens pretos & pardos e 26,1% das mulheres pretas & pardas. Agrupando os indicadores que levaram à desistência da procura ao atendimento à saúde, mesmo tendo sentido necessidade, verifica-se que os pretos & pardos responderam por 63,9% dos que viviam aquela situação no somatório dos motivos. Decompondo-se as razões da não procura, os pretos & pardos respondiam por 66,7% dos que não o fizeram por problemas financeiros ou domésticos, por 62,6%, dos que não o fizeram por falhas do sistema de saúde, por 67,4% dos que não fizeram por problemas locacionais e de transporte. Tais resultados mais uma vez sinalizam que a realização do dispositivo constitucional que reza pela universalidade do atendimento à saúde vem sendo aplicada apenas parcialmente, apresentando, contudo, diferentes níveis de incidência sobre os distintos grupos de cor ou raça.
>
> • A taxa de cobertura do sistema de saúde no Brasil foi de 73,1% para os homens pretos & pardos e de 76,3% para as mulheres pretas & pardas. Entre os homens e mulheres brancas, este percentual foi de 85,1% e 86,7%, respectivamente. Lido de outro modo, o sistema não conseguiu garantir efetiva cobertura para 26,9% dos homens pretos & pardos e para 23,7% das mulheres pretas & pardas, ou seja, um em cada quatro. Mais uma vez estes indicadores refletem as dificuldades da plena universalização dos serviços de atendimento à saúde no Brasil, evidenciando que a luta pela igualdade de cor ou raça no acesso ao sistema e a implantação do dispositivo constitucional são não apenas complementares, mas a própria via para a sua efetivação. Finalmente, há que ser estabelecida uma reflexão sobre o peso do setor privado no atendimento à saúde da população brasileira.[224]

Diante deste contexto, pode-se considerar que medidas como: I) ampliação e fortalecimento da participação de lideranças dos movimentos sociais em defesa da saúde da população negra nas instâncias de participação e controle social do SUS; II) produção de conhecimento científico e tecnológico em saúde da população negra e III)

[224] LABORATÓRIO DE ANÁLISES ECONÔMICAS HISTÓRICAS, SOCIAIS E ESTATÍSTICAS DAS RELAÇÕES RACIAIS. *Relatório anual das desigualdades raciais no Brasil, 2009-2010*, Rio de Janeiro, 2010, passim. Disponível em: <http://www.laeser.ie.ufrj.br/PT/relatorios%20pdf/Relat%C3%B3rio_2009-2010.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2012.

desenvolvimento de processos de informação, comunicação e educação para contribuir com a redução das vulnerabilidades da população negra, estão justificadas diante do quadro exposto. Essas ações constituem as diretrizes da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra, prevista no artigo 7.º do Estatuto da Igualdade. São iniciativas adequadas para atingir o objetivo de estabelecer o acesso universal e igualitário ao sistema de saúde, estabelecido no artigo 196, supramencionado. A participação de militantes da causa da saúde negra na coordenação do Sistema Único de Saúde pode direcionar as metas do sistema de forma a eliminar o desequilíbrio de cobertura em relação aos negros. O incentivo às pesquisas sobre a saúde da população negra oferecerá mais informações sobre as especificidades enfrentadas por esse contingente populacional e sua dificuldade em receber atendimento adequado pelo sistema de saúde. O mesmo se pode dizer em relação ao desenvolvimento de processos de informação, comunicação e educação para combater os problemas de saúde vivenciados pelos negros, pois poderá ampliar a procura por parte daqueles que necessitam de atendimento, combater o racismo institucional e dar destaque às desigualdades mencionadas.

O exame de exigibilidade, por sua vez, impõe a verificação da existência de outras ações igualmente eficazes que sejam menos lesivas a outros direitos fundamentais. Pode-se argumentar que as medidas afrontam o direito a um tratamento formalmente igualitário, com adoção de políticas universalistas, no âmbito da saúde. Porém, no caso em questão, estamos ponderando facetas do princípio da igualdade, ou seja, está em avaliação se o mandamento do tratamento igual ou desigual se impõe como mais justo para a situação de desigualdade real apontada acima. Logo, o juízo de exigibilidade fica prejudicado, pois se adotado o princípio da igualdade na forma do comando de tratamento desigual para situações diferentes, o mandamento do tratamento igual está completamente afastado, por impossibilidade lógica.

Ademais, as disposições do Estatuto relacionadas à saúde de população negra possuem caráter por demais genérico para que se possa analisar, com maior profundidade, a proporcionalidade em sentido estrito das medidas. Porém, isso não nos impossibilita de analisá-las ainda que de forma abstrata. Em outras palavras, o incentivo às pesquisas sobre a saúde da população negra pode ser concretizado, em hipótese, com o direcionamento de todos os recursos de uma agência de fomento à pesquisa para o tema, sob o argumento que historicamente as pesquisas científicas sobre saúde pouco atentaram para a situação específica da população negra. Nesse caso, a proporcionalidade, que diz respeito à carga coativa, ou a justa medida, pode restar ofendida. Mas isso não significa que a política de

incentivar pesquisas sobre a saúde da população negra seja, em si mesma, desproporcional. Ademais, pode-se até considerar, igualmente em hipótese, que a concretização da medida seja insatisfatória ou insuficiente, caso o incentivo e o direcionamento de recursos seja irrisório. Aqui vale lembrar a prática de alguns governantes que diante da obrigação de conceder aumento aos servidores públicos anualmente, deram reajustes de 0,01%.

Outro setor sobre o qual incidem as normas do Estatuto da Igualdade Racial é o do mercado de trabalho. Assim, para enfrentar o quadro de desigualdades que apresentamos no tópico 2.3, o Estatuto, dentre outras coisas, propõe: adoção de medidas para promover a igualdade nas contratações do setor público; políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda e ações com o escopo de aumentar a escolaridade e qualificação profissional dos trabalhadores negros que laboram em setores caracterizados pela baixa escolarização dos obreiros.

A constitucionalidade das iniciativas, como dito anteriormente, deve ser visto, por um lado, no que diz respeito à constitucionalidade das ações afirmativas em si, por outro, no que tange ao fundamento constitucional das medidas. Nesse ponto, o artigo 1.º, inciso IV, da Constituição Federal, estabelece como fundamento da República o valor social do trabalho, e, além disso, o trabalho está entre os direitos sociais presentes no artigo 6.º, e ao demais, o artigo 7.º, ao estabelecer um rol de direitos do trabalhador não exclui outros que visem melhorar a sua condição social. As diretrizes do Estatuto se enquadram entre estes últimos.

No tocante ao juízo de adequação é possível observar que as três propostas são pertinentes para o enfrentamento das desigualdades presentes no mercado de trabalho. A promoção de igualdade nas contratações do setor público se concretiza, por exemplo, com o estabelecimento de privilégios em licitações a empresas que adotem programas de diversidade na composição de sua força de trabalho, como já foi praticado em outros países. As políticas de formação profissional e de escolarização combatem o problema da qualificação para acesso aos postos de trabalho. E considerando que a desigualdade não se restringe somente aos assalariados, as medidas para geração de renda possibilitam a diminuição das disparidades na renda média da população economicamente ativa.

Aqui, faz-se necessário pontuar que a discriminação no mercado de trabalho não é simples reflexo de um passado escravocrata. Em realidade, o racismo está presente na lógica da distribuição das oportunidades no mercado de trabalho[225].

Quanto ao juízo de exigibilidade, a rigor, pode-se ventilar, em tese, que a iniciativa para igualdade na contratação do setor desrespeitaria o princípio da livre iniciativa, uma vez que interfere na contratação de empresas e de trabalhadores. Entretanto, não limitam a liberdade da atividade empresarial, pois apenas conferem vantagens para a contratação com o setor público, e caso o empresário não tenha interesse em contratar com esse setor ou então considere que a diversidade na composição da sua força de trabalho não seja interessante para sua atividade, estará livre para proceder como lhe aprouver. Além disso, vale observar que existem cotas para jovens aprendizes e para pessoas com deficiência, de forma que as disposições do Estatuto são menos contundentes que essas com as quais o empresariado já convive.

De mais a mais, o juízo de proporcionalidade em sentido estrito encontra-se na mesma situação que mencionamos anteriormente, porquanto o texto normativo é muito genérico.

Além dessas situações, o juízo de proporcionalidade pode ser adotado como forma de solução para eventuais questionamentos em relação aos artigos 44 e 45 do Estatuto da Igualdade Racial. São artigos que prescrevem a adoção de práticas que garantam a diversidade racial nos filmes, programas e propagandas veiculadas na televisão e em salas de cinema. Identifica-se, de plano, a pertinência e a aptidão dos dispositivos para enfrentar a constrangedora ausência de atores negros, em proporção compatível com a composição racial da população brasileira, nos meios de comunicação. Vislumbra-se que o

---

[225] "No que se refere ao processo de recrutamento de membros raciais subordinados para posições na estrutura ocupacional, três diferentes fontes de discriminação econômica podem ser distinguidas: o consumidor, o empregado e o empregador. Não obstante, '[…] deve ser enfatizado que o empregador é, na maioria das vezes, o decisor ativo. É ele quem interpreta ou concorda unilateralmente com as outras fontes de discriminação, por causa de sua preocupação dominante com o lucro'.
Blumer e Bowles assumem o racismo como um dado objetivo da sociedade e consideram como tal dado é processado no interior da estrutura ocupacional. Na medida em que as decisões econômicas racionais não são tomadas num vácuo social, a estrutura industrial deve concordar com a lógica racista da organização social mais ampla, reproduzindo internamente as práticas ideológicas e políticas que regulam as relações entre os grupos raciais na sociedade abrangente.
Formas mais antigas de divisão racial do trabalho podem ser renovadas e elaboradas pela divisão do trabalho mais complexa promovida pelo desenvolvimento industrial. A raça é assim mantida como símbolo de posição subalterna na divisão hierárquica do trabalho e continua a fornecer a lógica para confinar os membros do grupo racial subordinado àquilo que o código racial da sociedade define como seus 'lugares apropriados'. Portanto, o 'reembaralhamento' das pessoas produzido pela operação da indústria apenas reproduz a posição subalterna das minorias raciais na estrutura social". HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil.* 2. ed. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj, 2005. p. 89-90.

principal entrave a essas iniciativas decorra da ideia de liberdade na produção artística. O Estatuto oferece resposta a esse argumento, ao excluir da incidência das mencionadas normas, os filmes, programas e propagandas que abordem alguma especificidade de grupos raciais (étnicos, conforme a redação literal do dispositivo). Ou seja, havendo uma justificativa pertinente, não será imposta a obrigação de composição heterogênea dos atores, pois a finalidade da lei é enfrentar a ausência, injustificada, do negro na televisão e no cinema.

Por derradeiro, conquanto já se tenham formulado críticas às construções teóricas amparadas na teoria dos princípios[226], cabe-nos pontuar, de nossa parte, que o uso dessas ferramentas para interpretação e aplicação de direitos fundamentais contidos no Estatuto da Igualdade Racial, a despeito da decisão do Supremo a favor da reserva de vagas, e de outras conquistas, como a lei de cotas nas universidades, não está livre de sofrer o peso do mito da democracia racial. Conforme mencionado acima, é reduzido o número de processos que tenham por origem o crime de racismo. Acrescentando-se a isso a insuficiente formação dos operadores do direito, nos bancos universitários, para identificar e compreender o racismo presente na sociedade brasileira, podemos verificar no futuro um retrocesso em relação aos recentes avanços conquistados. Por isso, é preciso compreender que muito ainda se tem por fazer para extirpar a discriminação e eliminar a desigualdade racial, de forma que devemos contar com o Estatuto da Igualdade Racial, a despeito de não ser o Estatuto almejado pelos setores sociais ligados ao tema.

[226] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

4. CONCLUSÃO

A sociedade brasileira tem no Estatuto da Igualdade Racial uma oportunidade que precisa ser corretamente apreciada. Além do texto normativo composto por diversas medidas de ação afirmativa e do reconhecimento da existência do preconceito, discriminação e desigualdade racial em nosso país, em verdade, o Estatuto constitui a primeira iniciativa com potencial de realmente iniciar a correção de distorções decorrentes da escravidão, da indiferença republicana e das medidas universalistas inócuas diante da persistência do desequilíbrio entre os grupos raciais. E mais, é uma oportunidade única.

Ponderando detidamente se vislumbram algumas possíveis consequências que poderão ser colhidas no futuro. Em uma das possíveis situações, a aplicação das disposições do Estatuto poderá contribuir para a eliminação da desigualdade no acesso aos bens da vida social e, igualmente, para o fim da desconsideração e falta de reconhecimento em relação às potencialidades do ser humano negro, é dizer, temos a oportunidade de extinguir definitivamente as falsas noções de superioridade intelectual dos brancos em relação aos negros, que teriam capacidade, tão somente, para bem desempenhar atividades relacionadas à expressão corporal ou musical. Outro cenário possível é aquele em que o Estatuto da Igualdade Racial se mostrará insuficiente ou inadequado, nesse caso, os brasileiros poderão cogitar de outros caminhos para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, porém, ao menos, teremos o mérito de ter enfrentado pela primeira vez, em mais de um século de República (e seus odiosos intervalos autoritários), a situação da exclusão a que foi relegado o antigo agente quase exclusivo de trabalho e seus descendentes.

Além desses caminhos, revela-se ainda mais outro: o Estatuto poderá ser preterido, desprezado, desvirtuado ou não aplicado. Nesse quadro, a excepcional oportunidade para se combater o racismo não com medidas repressivas, mas propositivas, será descartada e muito tempo poderá transcorrer para que sejam retomadas as políticas de cunho positivo. Aqueles que consideram que o racismo no Brasil não existe, ou que se existe não é um problema relevante, ou então que entre nós há, tão somente, o preconceito de classe (classismo) e que o fato de os negros estarem entre os mais pobres é uma mera fatalidade sem importância, tentaram impedir a promulgação do Estatuto da Igualdade Racial no Congresso Federal, sem êxito, embora tenham emperrado a tramitação dos projetos. Paralelamente, concentraram suas forças no campo jurídico, apresentando ações direitas de inconstitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental no

Supremo Tribunal Federal, o qual, ao apreciar as ações, julgou constitucionais as medidas de ações afirmativas levadas ao seu conhecimento. A última trincheira é o debate junto à opinião pública. O argumento central é a democracia racial.

O mito da democracia racial é o que explica a necessidade dos esclarecimentos que apresentamos neste trabalho quando investigamos criticamente os pressupostos de que partíramos. É em função de uma determinada interpretação da noção de democracia racial que se precisa enfrentar o tema da existência do racismo e, igualmente, essa visão explica o retorno ao argumento da igualdade formal no combate às ações afirmativas. O mito não permite vislumbrar as causas reais das desigualdades.

Assim, se faz necessário compreender corretamente os interesses que fomentaram o surgimento das declarações de direitos do século XVIII. Trata-se da luta por ascensão da classe burguesa e, nesse contexto, a igualdade formal desempenhou somente o papel de mecanismo garantidor das relações comerciais. Como vimos, não se pode considerar que essa igualdade foi um direito de cidadania, na medida em que expressiva parcela da população, a despeito da retórica das declarações, esteve alijada das condições efetivas de participar da formação da vontade comum. Por isso, adotar o argumento da igualdade formal contra a adoção das políticas públicas de cunho afirmativo é anacrônico e revelador de uma compreensão limitada de o que significa a igualdade perante a lei.

Outrossim, pudemos constatar que a segunda geração de direito, geralmente comentada como aquela que promoveu a igualdade material, ainda refletia uma visão limitada da ideia de igualdade, pois não tratou de todas as especificidades do sujeito de direito concreto do ponto de vista de gênero, idade, raça, dentre outros atributos, o que somente se alterou com a terceira dimensão de direitos.

Ademais, verificamos a persistência do racismo na sociedade brasileira e a pertinência do uso do termo raça, não enquanto dado biológico aplicável aos seres humanos, mas como conceito político-social adequado para identificar as desigualdades e discriminações baseadas em atributos fenotípicos, no Brasil. Além disso, podemos concluir que da mesma forma que os avanços dos estudos genéticos não afastaram do senso comum a noção de raça, os estudos da sociologia e da antropologia que identificaram as especificidades do racismo brasileiro não lograram eliminar o mito da democracia racial do seio de nossa sociedade.

De mais a mais, demonstramos que a atual teoria dos princípios e o instrumental para a interpretação dos casos de conflito entre direitos fundamentais podem ser utilizadas para a solução de eventuais questionamentos em face de algumas medidas

presentes no Estatuto, porém, ressalvando-se que a dogmática, por si só, não garante uma interpretação do fenômeno jurídico compromissada com os avanços sociais.

Por fim, consideramos que o Estatuto da Igualdade Racial, a despeito das profundas modificações que sofreu, ainda assim constitui uma importante ferramenta para a superação do racismo. É preciso ter em mente que o Estatuto não deve ser considerado como o momento final na luta contra a discriminação, ao contrário, deve ser revisto como um recomeço.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicolas. *Dicionário de filosofia.* Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *O trato dos viventes:* formação do Brasil no Atlântico Sul. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBUJANI, Guido. *A invenção das raças.* Tradução Rodolfo Llari. São Paulo: Contexto, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas _.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, v. I, n. 6, p. 5, set. 2001. Disponível em: <http://www. direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso. pdf>. Acesso em: 19 mar. 2011.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Brancos e negros em São Paulo*. 4. ed. São Paulo: Global, 2008.

BERGAMO, Mônica. Leia a carta de diplomatas negros barrados no STF. *Folha de São Paulo,* São Paulo, 12 out. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br /colunas/monicabergamo/1168343-leia-carta-de-diplomatas-negros-barrados-no-stf.shtml>. Acesso em: 2 nov. 2012.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Dworkin e a razoabilidade da justiça. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, p. 317-34, 2005.

_____. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Estado, governo, sociedade:* por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 3.198 de 2000*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=59B9CF5717A99BDB04756F6FA28A5AF3.node1?codteor=983438&filename=Avulso+-PL+3198/2000.>. Acesso em: 3 nov. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 6.264/2005.* Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=002B09256D852A98EEA95811BF544BD2.node1?codteor=359794&filename=PL+6264/2005>. Acesso em: 4 nov. 2012.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 12 mar. 2011.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 12 mar. 2011.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm >. Acesso em 12 mar. 2011.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 12 mar. 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em 12 mar. 2011.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n.º 213 de 2003.* Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=58268>. Acesso em: 3 nov. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CASTRO, Jorge Abrahão; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro; ANDRADE, Carla Coelho de. (Org.) *Juventude e políticas sociais no Brasil*. Brasília: Ipea, 2009. p. 274. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/Livro_JuventudePoliticas.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Fundamento dos direitos humanos. In: BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *Direitos humanos:* estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato. Salvador: JusPodivm, 2010.

CONCEIÇÃO, Ísis Aparecida. *Os limites dos direitos humanos acríticos em face do racismo estrutural brasileiro:* programa de penas e medidas. p. 69. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

COUTINHO, Carlos Nelson. *De Rousseau a Gramsci:* ensaios de teoria política. São Paulo: Boitempo, 2011.

D'ANGELO, Élcio. *Estatuto da Igualdade Racial comentado*. Leme/SP: CL Edijur, 2010.

DECLARAÇÃO dos direitos da mulher e da cidadã, 1791. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da cidada-1791.html> Acesso em: 20 jan. 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana:* a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério.* Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36. (Biblioteca Jurídica).

FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. 2. ed. São Paulo: Global, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCISCO, Flávio Thales Ribeiro. Um olhar sobre a "América": Experiências afro-americanas nas páginas de O Clarim de Alvorada. *Sankofa Revista de História da África e de Estudos da Diáspora Africana*, São Paulo, n. 2, p. 97-116, dez. 2008. Disponível em: <https://sites.google.com/site/revistasankofa/sankofa2/um-olhar-sobre-a-america>. Acesso em: 29 mar. 2011.

FREITAS, Williem Silva de; REIS, Joselina Rodrigues. A ideologia do racismo: entre o discurso do cotidiano e a materialização na mídia brasileira. *Revista da ABPN*, v. 3, n. 7, p. 129-140, mar/jun 2012.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. 51. ed. São Paulo: Global, 2006.

GINZBURG, Jaime. Política da memória no Brasil: raça e história em Oliveira Vianna e Gilberto Freyre. *Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades,* Araucária, n. 15, 2006, p. 36-45. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1584>. Acesso em: 12 abr. 2011.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa no direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 151, p. 129-152, 2001.

GORENDER, Jacob. *O escravismo colonial*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1992.

GRAHAM, Richard. *Escravidão, reforma e imperialismo*. Tradução Luiz João Caio. São Paulo: Perspectiva, 2004.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Cidadania e retóricas negras de inclusão social. *Lua Nova*, São Paulo, v. 85, p. 13-40, 2012.

_____. *Classes, raças e democracia*. São Paulo: 34, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HART, Herbet Lionel Adolph. *O conceito de direito.* Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil.* 2. ed. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HOBBES, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Organizado por Richard Tuck. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 106-107. (Clássicos Cambridge de filosofia política).

HOMEM negro espancado, suspeito de roubar o próprio carro. *Afropress*, São Paulo, 13 ago. 2009. Disponível em: <http://www.afropress.com/noticiasLer.asp?ID=1965>. Acesso em: 2 nov. 2012.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: 34, 2003.

IANNI, OCTAVIO. Octavio Ianni: o preconceito racial no Brasil. *Estudos Avanços*, v. 18, n. 50, São Paulo, jan./abr., 2004, p. 6-20. Disponível em: <http://www. scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100002>. Acesso em: 2 jun. 2012.

_____. *Raças e classes sociais no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico 2010.* Rio de Janeiro, p. 1-215, 2010. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov. br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/ carac teristicas_ religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 23 out. 2012.

_____. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios.* Rio de Janeiro, v. 31, p. 1-135, 2011. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/ trabalhoerendimento/pnad2011/default.shtm>. Acesso em: 13 jun. 2012.

INSTITUTO DE PESQUISA ECÔNOMICA APLICADA. *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil:* 120 anos após a abolição. Brasília: Ipea, 2008, p. 97. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/Livro_desigualdades raciais.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2012.

_____. *Comunicado n.º 70:* evolução do analfabetismo e do analfabetismo funcional no Brasil período 2004-2009. 2010. Disponível em: <http://www. ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/101209_comunicadoipea70.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2012.

_____. *Instrumentos normativos federais relacionados ao preconceito e às desigualdades raciais.* Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/igualdaderacial/index.php?option=com_content&view=article&id=681>. Acesso em: 15 out. 2012.

KAMEL, Ali. *Não somos racistas:* uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2009.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução Artur Morão. Lisboa: 70, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LABORATÓRIO DE ANÁLISES ECONÔMICAS HISTÓRICAS, SOCIAIS E ESTATÍSTICAS DAS RELAÇÕES RACIAIS. *Tempo em Curso*, Rio de Janeiro, ano IV, vol. 4, n. 5, mai. 2012. Disponível em: <http://www.slideshare.net/laeserieufrj>. Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. *Tempo em Curso*, ano IV, vol. 4, n. 10, out. 2012. Disponível em: <http://www.slideshare.net/laeserieufrj>. Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. *Relatório anual das desigualdades raciais no Brasil, 2009-2010.* Rio de Janeiro, 2010, passim. Disponível em: <http://www.laeser.ie.ufrj.br/PT/relatorios%20pdf/Relat%C3%B3rio_ 2009-2010.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2012.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* Rio de Janeiro: Laemmert, 1969.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo.* Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Clássicos).

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos humanos:* significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979.

MAIO, Marcos Chor. O projeto Unesco e a agenda das ciências sociais no Brasil dos anos 40 e 50. *Revista brasileira de ciências sociais*, v. 14, n. 41, São Paulo, p. 141-158, out. 1999.

MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Tradução Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

MENDONÇA, Marina Gusmão de. Abolição – rupturas e permanências: políticas sociais e inclusão e o sistema de cotas no ensino universitário. *Sankofa. Revista de História da África e de Estudos da Diáspora Africana,* São Paulo, n. 2, p. 117-126, dez. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco. *Os clássicos da política.* 14. ed. São Paulo: Ática, 2010. v. 1.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito.* Tradução Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais:* teoria geral, comentários aos arts. 1.° ao 5.° da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTA, Vinicius. A era das leis raciais. *Folha de São Paulo*. 15 out. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/viniciusmota/1169103-a-era-das-leis-raciais.shtml>. Acesso em: 21 out. 2012.

MUNANGA, Kabengele. *O negro no Brasil.* São Paulo: Global, 2006.

_____. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. *Cadernos Penesb* (Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira). UFF, Rio de janeiro, n. 5, p. 15-34, 2004.

NAÇÕES UNIDAS. 1965. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*. Doc. ONU A/RES/2106, art. 1º, § 4º.

OLIVEIRA, Erival da Silva e PEIXOTO, Paulo Henrique Lêdo. *Comentários ao Estatuto da Igualdade Racial (Lei n.º 12.288/10).* São Paulo: ACJ, 2012.

OLIVEIRA FILHO, Pedro. A mobilização do discurso da democracia racial no combate às cotas para afrodescendentes. *Estudos de Psicologia,* Campinas, v. 26, n. 4, nov./dez., p. 429-436. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v26n4/03.pdf>. Acesso em: 18 set. 2012.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo.* Tradução Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, Olivier. *A história da escravidão*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2009.

PINHO, Márcio. Sócia de restaurante nega racismo em caso envolvendo criança em SP. *G1*, São Paulo, 3 jan. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-

paulo/noticia/2012/01/nao-temos-preconceito-diz-socia-de-restaurante-que-expulsou-crianca.html>. Acesso em: 2 nov. 2012.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 1.

_____; SOUZA, Douglas de (Coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial.* Brasília: Seppir, 2006.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Tradução Josep M. Vilajosana. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho,* Alicante, v. 2, n. 21, p. 339-354, 1998. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=128725>. Acesso em: 2 mai. 2012

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. p. 5 e 6. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1980.

PUGLIESI, Márcio e LIMA, Norberto de Paula. Introdução. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. Tradução Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus.

RAMOS, Silvia (Org). *Mídia e racismo*. Rio de Janeiro: Pallas, 2002.

ROCHA, Antonio Penalves. Ideias antiescravistas da Ilustração na sociedade escravista brasileira. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 20, n. 39, p. 37-68, 2000.

RODRIGUES, Nina. *Os africanos no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1976.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Tradução Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1964.

SALZANO, Francisco Mauro. Raça, racismo e direitos humanos. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 225-227, jan/jun 2005.

SANTIAGO, Tatiana e SANT'ANNA, Emílio. Ator diz estar "enojado" com chefe que mandou negra alisar o cabelo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 8 dez. 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1018334-ator-diz-estar-enjoado-com-chefe-que-mandou-negra-alisar-o-cabelo.shtml>. Acesso em: 2 nov. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Revista crítica de ciências sociais*, n. 48, p. 11-32, jun. 1997.

SANTOS, Gislene Aparecida. Selvagens, exóticos, demoníacos. Ideias e imagens sobre uma gente de cor preta. *Estudos afro-asiáticos*, Rio de Janeiro, v. 24, p. 275-289, 2002.

SANTOS, Sales Augusto dos. Ações afirmativas: racialização e privilégios ou justiça e igualdade?. *Sísifo. Revista de Ciências da Educação*, Lisboa, v. 10, p. 111-120, 2009. Disponível em: <http://sisifo.fpce.ul.pt/?r=25&p=117>. Acesso em: 29 out. 2012.

SANTOS, Walberto Silva dos. (et al.). Escala do racismo moderno: adaptação ao contexto brasileiro. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11, n. 3, p. 637-645, set./dez. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHUCMAN, Lia Vainer. Racismo e antirracismo: a categoria raça em questão. *Psicologia Política*, v. 10, n. 19, p. 41-55, jan./jun. 2010.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças*: cientistas, instituições e questão racial. São Paulo: Companhia das letras, 1993.

_____. *Racismo no Brasil*. São Paulo: Publifolha, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional positivo.* 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Nelson do Valle; HASENBALG, Carlos Alfredo. *Relações raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Rio Fundo; Iuperj, 1992. p. 151.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÃO, Calil (Coord.). *Estatuto da igualdade racial:* comentários doutrinários. Leme/SP: J. H. Mizuno, 2011.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TRINDADE, José Damião de Lima. *Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels:* emancipação política e emancipação humana. São Paulo: Alfa-Omega, 2011.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. Brown v. Board of Education of Topeka 347 U.S 483, 1954. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZS.html>. Acesso em: 19 dez. 2011.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Evolução do povo brasileiro.* Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012:* a cor dos homicídios no Brasil. Rio de Janeiro: Cebela Flasco; Brasília: Seppir/PR, 2012. passim.