



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

ERALDO MELO DA SILVA

O PERSISTENTE PROBLEMA RACIAL: QUEM É NEGRO NO BRASIL? A inconstitucionalidade das ações afirmativas de viés racial em face da ausência de critérios objetivos de discrimen

BRASÍLIA
2014

ERALDO MELO DA SILVA

O PERSISTENTE PROBLEMA RACIAL: QUEM É NEGRO NO BRASIL? A inconstitucionalidade das ações afirmativas de viés racial em face da ausência de critérios objetivos de discrimen

Dissertação submetida ao Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Professor Doutor Marcus Firmino Santiago.

**BRASÍLIA
2014**

ERALDO MELO DA SILVA

O PERSISTENTE PROBLEMA RACIAL: QUEM É NEGRO NO BRASIL? A inconstitucionalidade das ações afirmativas de viés racial em face da ausência de critérios objetivos de discrimen

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público, na área de Direito Constitucional.

Data de defesa: _____.

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Professor Doutor _____

Membro: Professor Doutor _____

Membro: Professor Doutor _____

Coordenador do curso: Professor Doutor _____

RESUMO

O presente trabalho discute a validade das ações afirmativas baseadas no fator racial, instituídas no ordenamento jurídico brasileiro, à luz do princípio da igualdade estampado no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a sociedade brasileira é caracterizada por um alto grau de miscigenação, em que as barreiras entre grupos étnico-raciais mostram-se imprecisas e, ainda, considerando-se que os critérios de discriminação utilizados – ancestralidade ou cultural –, são essencialmente subjetivos.

Palavras-chave: ações afirmativas – fator racial – princípio da igualdade.

ABSTRACT

The present work discusses the validity of affirmative actions based on the racial factor, established in the Brazilian legal system, from the equality principle printed on the *caput* of the 1988 Federal Constitution 5th article, given that Brazilian society is characterized by a high miscegenation, in which the barriers between ethnic and racial groups show up inaccurate, and also considering that the criteria used to discriminate – ancestry or cultural – are essentially subjective.

Keywords: affirmative actions – racial factor – equality principle.

Ao meu criador, a Quem tudo devo.

Aos meus pais Francisco e Nair, que mesmo na escuridão sempre me incentivaram a trilhar o caminho das luzes.

À Janaína, meu amor, por sua (quase) inesgotável paciência.

Ao Heitor, meu filho, lembrança constante de que um futuro melhor é possível.

Embora solitário, o trabalho de elaboração de uma dissertação de mestrado não seria possível sem o apoio, direto ou indireto, de muitas pessoas.

Nesse sentido, nas pessoas dos Professores Paulo Gustavo Gonet Branco e Júlia Maurmann Ximenes, agradeço a todos os professores do Instituto Brasiliense de Direito Público que, com paciência, se dedicam à formação e ao aperfeiçoamento das novas gerações de profissionais. Não posso deixar de agradecer ao assistente do mestrado, Fernando Rios, pela atenção dispensada em todos os momentos do curso.

De forma muitíssimo especial, agradeço ao recentemente aposentado Ministro Arnaldo Esteves Lima, do Superior Tribunal de Justiça, com o qual tive a honra e o prazer de conviver nos últimos dez anos, e cuja forma sempre ponderada de pensar as questões do Direito foram essenciais para meu processo pessoal de maturação profissional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O PERSISTENTE PROBLEMA DAS RAÇAS: QUEM É NEGRO NO BRASIL?	
1.1. Considerações iniciais	13
1.2. A fragilidade do critério biológico	13
1.3. A tentativa de construção de uma identidade negra no Brasil	17
1.3.1. A identidade do sujeito constitucional segundo Michel Rosenfeld	20
1.4. O negritude como manifestação cultural	30
2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	
2.1. Considerações iniciais.....	37
2.2. Escorço histórico	38
2.3. A igualdade e suas dimensões	49
2.4. Parâmetros de controle dos critérios legais de discriminação	
2.4.1. Considerações iniciais	57
2.4.2. A proibição de excesso	59
2.4.3. A razoabilidade	60
2.4.4. A proporcionalidade	65
3. AS AÇÕES AFIRMATIVAS	
3.1. Considerações iniciais	73
3.2. Conceito, objetivos e base filosófica	73
3.3. Experiências internacionais	
3.3.1. Considerações iniciais	80
3.3.2. Índia	80
3.3.3. Malásia	90
3.3.4. Sri Lanka	94
3.3.5. Estados Unidos da América	101
3.3.5.1. Uma nação dividida	102
3.3.5.2. A luta pela cidadania plena	107
3.3.5.3. A Suprema Corte e a 14ª emenda: 1879 a 1967	110
3.3.5.4. As ações afirmativas: 1935 a 2003	113

3.3.5.5.	As ações afirmativas e a Suprema Corte	116
3.3.5.5.1.	<i>Griffs v. Duke Power Company</i>	117
3.3.5.5.2.	<i>Regents of the University of California v. Bakke</i>	118
3.3.5.5.3.	<i>Grutter v. Bollinger et al e Gratz et al v. Bolinger et al</i>	123
3.3.5.5.4.	<i>Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District n. 01 et Meredith v. Jefferson County Board of Education</i>	124
3.3.5.6.	A regra da gota de sangue e a miscigenação..	127
3.4.	Implicações das ações afirmativas	131
4.	AS AÇÕES AFIRMATIVAS DE VIÉS RACIAL NO BRASIL	
4.1.	Considerações iniciais	134
4.2.	A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 186/DF	137
4.2.1.	Onde o STF acertou na ADPF n. 186/DF?	139
4.2.2.	Onde o STF errou na ADPF n. 186/DF?	141
4.3.	A inconstitucionalidade das ações afirmativas de viés racial em virtude da ausência de critérios objetivos de discrimen	149
	CONCLUSÃO	162
	BIBLIOGRAFIA	165

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país cheio de contrastes. Embora tal afirmação tenha se tornado um lugar-comum, os dados da realidade não deixam dúvidas acerca de sua veracidade. Maior e mais rico país da América Latina, encontra-se entre as 10 maiores economias mundiais. Ocupa, entretanto, a 84ª posição entre os 187 países classificados no Relatório do Desenvolvimento Humano de 2011 elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, destinado a avaliar a expectativa de vida da população e os indicadores de educação, saúde e renda¹.

Um movimento lento, porém contínuo, surgido inicialmente na academia, entre sociólogos na década de 1950, ganhou corpo nas últimas décadas, tentando explicar grande parte dos problemas nacionais a partir de uma perspectiva baseada na origem racial da população².

Políticas públicas que adotam essa visão trazem, ainda que implicitamente, afirmações que partem de determinadas representações da realidade. A primeira delas é que a sociedade brasileira é racista, e que a parcela *negra*³ de sua população, ainda que de forma velada, é continuamente vítima de segregação. A segunda afirmação é que se faz necessária a construção de uma consciência, uma identidade negra, como forma valorizar e unir aqueles de ascendência africana – daí a importância de se adotarem termos de conotação étnico-racial, surgindo então as expressões *afrodescendentes* e *afro-brasileiros*, em contraposição a outros grupos étnicos: brancos, amarelos e indígenas. Por fim, tem-se a defesa de que somente por meio de políticas públicas específicas, não universalistas, voltadas para a população negra, seria possível reparar, no presente, as consequências sociais dos maus tratos historicamente impostos pelos *brancos*, mesmo nos dias atuais.

¹ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Relatório do Desenvolvimento Humano 2011. Sustentabilidade e Equidade: Um Futuro Melhor para Todos. Tabela n. 10, p. 169. Disponível in <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_PT_Complete.pdf>, acessado em 27/05/13.

² HOFBAUER, Andreas. Uma história de branqueamento ou o negro em questão. São Paulo: EditoraUNESP, 2006, p. 272.

³ Seguindo o passos de Darien J. DAVIS, no presente trabalho utilizo o termo *negro*, assim como pardo ou afrodescendente, como sinônimos de “pretos, mulatos, afro mestiços, isto é, [...] todas as pessoas de ascendência africana, sejam misturadas com europeus, indígenas ou outros ancestrais” (In “Afro-brasileiros hoje”. São Paulo: Summus, 2000, p. 21).

Consequência direta dessa representação da realidade brasileira é o abandono da ideia de que, malgrado as desigualdades econômicas e sociais ainda sejam graves, não existe um sentimento de cisão, prevalecendo a ideia de que aqui vive um povo distinto, único, fruto de diversas influências. Em troca, passa-se a enxergar a sociedade sob uma ótica essencialmente bicolor, adjetivada, em que não mais se fala em brasileiros, mas em *brasileiros brancos* e *brasileiros negros*.

Exemplo moderno dessa visão é encontrado no Relatório do PNUD elaborado para o Brasil em 2005, cuja premissa metodológica vincula-se à ideia de que uma das barreiras ao desenvolvimento de parte significativa dos brasileiros é o racismo, “que se apresenta como um obstáculo de caráter tanto institucional (por meio de políticas que ignoram a população negra e indígena) quanto socioeconômico (por meio da desigualdade social que segrega parte da população nas áreas mais pobres do país)”⁴.

Esse especial modo de enxergar a realidade brasileira institucionalizou-se, em nível nacional, como a aprovação, pelo Congresso Nacional, do Estatuto da Igualdade Racial⁵ e, principalmente, pela adoção de programas de ações afirmativas baseadas em critérios raciais, tanto para ingresso em instituições públicas de ensino superior quanto no serviço público federal.

Trata-se, contudo, de uma visão polêmica, contra a qual vozes respeitáveis se opõem. Para essa corrente, o engano fundamental das políticas raciais estaria em considerar que a sociedade brasileira é constitutivamente racista. Isso porque o racismo no Brasil não seria um dado predominante da cultura nacional, na medida em que não contaria com aval do Estado ou da própria sociedade, relacionando-se, antes, à lamentável, porém reduzida, atitude de alguns poucos, que, embora deva ser veemente combatida, talvez seja impossível de ser completamente extirpada do meio social. A lógica segundo a qual existiram dois grandes grupos no Brasil – os brancos, opressores, e os negros, oprimidos –, não encontraria suporte na realidade, porquanto a miscigenação (biológica e cultural) seria o dado central da sociedade brasileira. A adoção dessa falsa premissa, por sua vez, poderia causar um resultado

⁴ Relatório do Desenvolvimento Humano Brasil-2005: Racismo, pobreza e violência. PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível in <<http://www.pnud.org.br>>. Acessado em 27/5/139.

⁵ BRASIL. Lei 12.288/10.

indesejável: a introdução de uma cultura de ódio racial no Brasil, como ocorrido em outros países.

Sem entrar em uma discussão sobre a existência, ou não, de racismo no Brasil, uma vez que não é o objetivo deste trabalho, buscar-se-á investigar, a partir da interligação de áreas do conhecimento distintas, como a Biologia, a Sociologia, a História e o Direito, se efetivamente são válidas as ações afirmativas de viés racial.

O primeiro capítulo destina-se a situar o problema enfrentado no presente trabalho, concernente à dificuldade de se definir quem, afinal, pode ser considerado negro no Brasil, diante da fragilidade observada nos critérios biológico e cultural, uma vez que ambos são eivados de uma grande margem de subjetividade.

No segundo capítulo, será realizado um breve estudo do princípio da igualdade, na tentativa de se estabelecer algumas premissas para balizar sua adequada compreensão no contexto jurídico-constitucional brasileiro. Para tanto, serão revisitados os pensamentos de teóricos do passado e do presente, tais como ARISTÓTELES, PLATÃO, Thomas HOBBS, John LOCKE, Norberto BOBBIO, Robert ALEXY, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO e tantos outros.

O terceiro capítulo é dedicado ao exame das ações afirmativas, não apenas do ponto de vista teórico, mas, principalmente, empírico, por meio do estudo das experiências internacionais mais conhecidas, como Índia, Malásia, Sri Lanka e Estados Unidos da América. Trata-se de uma tarefa essencial, na medida em que, como bem alertado por René DAVID, “[o] direito comparado é útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para seu aperfeiçoamento”⁶. De fato, não existem razões lógicas que demonstrem que o Brasil estará imune às dificuldades e erros observados na adoção de ações afirmativas ao redor do mundo, de sorte que o conhecimento desses erros do passado permitirá pensar o presente e projetar o futuro.

O quarto e último capítulo se dedicará ao estudo das ações afirmativas de viés racial que vêm sendo implantadas no Brasil, adotando-se como ponto de partida o exame do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 186/DF. Essencialmente, se buscará responder à seguinte indagação: diante da história da formação do povo

⁶DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 6.

brasileiro e, ainda, de nosso arcabouço jurídico-constitucional, é possível a adoção de um critério racial como fator de discriminação dos beneficiários daquelas políticas afirmativas, sem que sejam simultaneamente agredidos os princípios da igualdade, proporcionalidade, razoabilidade, motivação e publicidade dos atos públicos?

1. O PESISTENTE PROBLEMA DAS RAÇAS: QUEM É NEGRO NO BRASIL?

1.1. Considerações iniciais

Os defensores das políticas públicas de viés racial buscam justificar sua posição em dados estatísticos, levando em consideração as condições sociais observadas em determinados grupos, ainda que em escaladas das mais diversas. Seu objetivo imediato é o combate a um suposto racismo sistêmico observado na sociedade, incentivado, ou, ao menos, tolerado pelo Estado. Nesse momento, evita-se individualizar as supostas vítimas, utilizando-se uma visão macro, voltada não para o indivíduo mas para grupos de pessoas.

Todavia, a implantação das ações afirmativas segue uma orientação diametralmente oposta, na medida em que não se tratam de políticas públicas de caráter universal, mas individual, em que seus beneficiários necessariamente deverão ser identificados como negros.

No Brasil, esse processo de identificação mostra-se ambíguo, ora estando vinculado a um critério biológico, em que a ancestralidade africana do indivíduo é aferida a partir de características puramente fenotípicas, ora a partir de um processo de autoafirmação cultural no qual a existência de uma “consciência racial” torna-se essencial.

Ambas as propostas, como será visto a seguir, ao menos no contexto social brasileiro, padecem de um alto grau de subjetividade.

1.2. A fragilidade do critério biológico

Ninguém ousa contestar que a sociedade brasileira é caracterizada por um altíssimo grau de miscigenação: segundo os dados obtidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, órgão governamental responsável pela

formulação e coleta dos censos populacionais a cada década, a população aferida no censo de 2010 é composta por 47,7% de brancos, 43,1% de pardos e 7,6% de pretos⁷.

Estudos realizados pelo geneticista Sérgio PENA revelaram, outrossim, que o grau de mestiçagem entre os brasileiros é bem superior àquele indicado pelos censos. Adotando como referência os dados estatísticos coletados pelo IBGE no ano 2000, o mencionado cientista concluiu que o número de afrodescendentes – assim considerados aqueles com pelo menos 10% de ancestralidade africana – chega a impressionantes 87% da população. Essa diferença se explica pelo fato de que entre as pessoas autodeclaradas brancas, 48% delas também possuem ancestrais oriundos do continente africano⁸. PENA *et al* chamam a atenção, ainda, para a distribuição regional da população, uma vez que:

[...] Mais de 75% dos brancos do Norte, Nordeste ou Sudeste apresentam ancestralidade africana superior a 10%. Mesmo no Sul, com seu marcante histórico de imigração européia, este valor é na ordem de 49%. Para comparação calculamos, a partir dos dados fornecidos por Shriver e cols. (2003), os valores para brancos norte-americanos: apenas 11% deles apresentam ancestralidade africana acima de 10%.⁹

Para se compreender adequadamente essa afirmação, deve-se ter em mente que a dificuldade de classificação acima mencionada refere-se especificamente ao mestiço (ou pardo, na classificação do IBGE), pois como observa Tomaz Tadeu da SILVA, a “identidade que se forma por meio do hibridismo não é mais integralmente nenhuma das identidades originais, embora guarde traços delas”¹⁰.

Segundo relatado por Andreas HOFBAUER, já no século XIX cientistas estrangeiros que visitavam o Brasil testemunharam que, por aqui, “os conceitos de branco e negro não representavam grupos sociais em si fechados [e que] os limites

⁷ BRASIL. IBGE. Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: 2010, p. 62. Disponível in <http://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia.pdf>. Acessado em 1º/08/2013.

⁸ PENA, Sérgio S.D. BORTOLINI, Maria Cátira. Pode a genética definir quem deve se beneficiar das cotas universitárias e demais ações afirmativas?. *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 50, abr. 2004, pp. 38-9.

⁹ *Idem.*, p. 42.

¹⁰ SILVA, Tomaz Tadeu da. *Op. Cit.*, p. 87.

entre as cores eram negociados nas relações de poder”¹¹, fato já observado nos anos de 1930, conforme estudos então realizados por Donald PIERSON¹².

É justamente no tratamento dispensado aos mestiços que reside uma das grandes dificuldades em se tentar construir, a partir deles, uma identidade negra no Brasil.

Diversamente do que ocorre nos EUA, onde prevalece a ideia essencialista de que cada indivíduo pertence a um grupo racial¹³ – inexistindo lugar para o mestiço, invariavelmente identificado como negro em virtude da adoção de um sistema classificatório baseado na origem, na ancestralidade do indivíduo¹⁴ – a sociedade brasileira adota um sistema mais ambíguo no qual predomina, na dicção de NOGUEIRA, um *preconceito de marca*, em que o critério de identificação do grupo discriminador e do grupo discriminado vincula-se à aparência física ou fenótipo¹⁵.

Dessa maneira, o processo de classificação dos indivíduos é influenciado por fatores subjetivos, amparados em critérios ambíguos quanto à aparência (a cor da pele, a textura do cabelo, traços faciais, etc.) e atitude (trajes, comportamento e círculo social), e em função do inter-relacionamento entre os indivíduos (tais como, v.g., as relações de amizade, simpatia ou de deferência)¹⁶. Nesse contexto, ao contrário do que se vê nos EUA, a ancestralidade do indivíduo é desconsiderada.

Tradicional exemplo dessa ambiguidade é o resultado encontrado pelo IBGE na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD de 1974, em que não foram utilizadas categorias classificatórias previamente estabelecidas, deixando a critério do entrevistado a escolha do termo que lhe conviesse, quando foram

¹¹ HOFBAUER, Andreas. Op. Cit., p. 174.

¹² PIERSON, Donald. Brancos e prêtos na Bahia. São Paulo: Ed. Nacional, 1971.

¹³ TELLES, Edward Eric. Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica. Trad. Nadjeda Rodrigues Marques, Camila Olsen. Rio de Janeiro: RelumeDumará: Fundação Ford, 2003, p. 114.

¹⁴ SKIDMORE, Thomas. Preto no branco: Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Trad. Donaldson M. Garschagen. Prefácio Lilia Moritz Schwarcz. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, pp. 81-2.

¹⁵ NOGUEIRA, Oracy. Tanto Preto Quanto Branco: Estudos de Relações Raciais. Prefácio de Thales de Azevedo. São Paulo: T.A. QUEIROZ, 1985, pp. 78-9.

¹⁶ Nesse sentido: NOGUEIRA, Oracy, Op. Cit., pp. 79-80, 82 e 88-9. SKIDMORE, Thomas E. Op. Cit., pp. 81-2. SCHWARCZ, Lilia Moritz. Racismo no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2010, p. 68. HARRIS, M. Patterns of Race in The Americas. New York: The Norton Library, 1984, p. 60-1. *Apud* JENSEN, Geziela. Política de cotas raciais em universidades brasileiras: entre a legitimidade e a eficácia. Curitiba: Juruá, 2010, p. 243. FRY, Peter. A persistência da raça: Ensaio antropológico sobre o Brasil e a África austral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, pp. 176 e 217; HARRIS, Marvin. Padrões raciais nas Américas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967, p. 117. RISÉRIO, Antônio. A utopia brasileira e os movimentos negros. São Paulo: Ed. 34, 2007, p. 18.

catalogadas nada menos do que 135 diferentes distinções raciais, a saber: acastanhada, agalegada, alva, alvarenta, alvarinte, alvinha, alvo-escuro, alvoroçada, amarela, amarelada, amarelo-queimada, amarelosa, amorenada, avermelhada, azul, azul-marinho, baiano, bem-branca, bem-clara, bem-morena, branca, branco-avermelhada, branco-melada, branco-morena, branco-pálida, branco-queimada, branco-sardenta, branco-suja, branquiça, branquinha, bronze, bronzeada, bugrezinha-escuro, burro-quando-foge, cabocla, cabo-verde, café, café-com-leite, canela, canelada, cardão, castanha, castanho-clara, castanho-escuro, chocolate, clara, clarinha, cobre, corada, cor-de-café, cor-de-canela, cor-de-cuia, cor-de-leite, cor-de-outro, cor-de-rosa, cor-firma, crioula, encerada, enxofrada, esbranquecimento, escuro, escurinha, fogoió, galega, galegada, jambo, laranja, lilás, loira, loiro-clara, loura, lourinha, malaia, marinheira, marrom, meio-amarela, meio-branca, meio-morena, meio-preta, melada, mestiça, miscigenação, mista, morena, morenada, morenã, moreninha, moreno-bem-chegada, moreno-bronzeada, moreno-canelada, moreno-castanha, moreno-clara, moreno-cor-de-canela, moreno-escuro, moreno-fechada, morena-jambo, moreno fechada, moreno-parda, moreno-roxa, moreno-trigueira, mulata, mulatinha, negra, negota, pálida, paraíba, parda, pardo-clara, pardo-morena, pardo-preta, polaca, pouco-clara, pouco-morena, pretinha, puxa-para-branca, quase-negra, queimada, queimada-de-praia, queimada-de-sol, regular, retinta, rosa, rosada, rosa-queimada, roxa, ruça, ruiva, sapecada, sarará, saraúba, tostada, trigo, trigueira, turva, verde, vermelha¹⁷.

De acordo com TELLES, os métodos de autoidentificação e heteroidentificação raciais refletem a ambiguidade acima mencionada. Para esse autor, a autoidentificação da cor ou categoria racial de um indivíduo “pode resultar de um processo reflexivo e complexo oriundo da socialização, ao invés de ser meramente uma ação refratária de categorização feita por terceiros”¹⁸. Isso porque:

[...] a identificação em categorias particulares pode também refletir a ascendência, a cultura e outras características transmitidas durante a socialização. Além disso, a auto-identificação pode resultar da rejeição ou aceitação de símbolos, tradições e estilos de vida associados com determinadas categorias.¹⁹

¹⁷ SCHWARCZ, Lilia Moritz. Op. Cit., pp. 69-70.

¹⁸ TELLES, Edward Eric. Op. Cit., p. 114.

¹⁹ Idem.

Na heteroidentificação, por sua vez, aquele que classifica normalmente categoriza o classificado com base nas suas primeiras impressões, em que são levada em consideração apenas a aparência física, uma vez que não há conhecimento de outras características como a ascendência e a cultura, por exemplo. Mas as “pessoas que estão sendo classificadas também podem influir nesse processo através da disposição intencional de informações específicas sobre si mesmas, de forma a manipular a impressão que os outros têm delas”²⁰.

Tem-se no Brasil, assim, uma sociedade em que, nas palavras de Cláudia REZENDE e Yvonne MAGGIE, a classificação racial assume uma dimensão retórica, na medida em que:

[...] as categorias não são fixas; pelo contrário, são acionadas em determinados contextos e relações. Negro, branco, preto, moreno etc. tornam-se atribuições que podem variar de acordo com quem fala, como fala e de que posição fala. As formas de manipular esse sistema de classificação não se dão, entretanto, por acaso. Há certas regras de classificação que deixam entrever um complexo jogo de relações de poder.²¹

Conclui-se, dessa forma, que o critério biológico apresenta-se sujeito a falhas, na medida em que deixam margem para dúvidas que, eventualmente, poderão ser questionadas judicialmente.

1.3. A tentativa de construção de uma identidade negra no Brasil

As dificuldades inerentes à utilização de um critério puramente biológico com que se buscasse na diferenciação cultural a solução para o imbróglio concernente à definição de quem, afinal, pode ser considerado negro no Brasil.

²⁰ Ibidem.

²¹ REZENDE, Cláudia Barcellos. MAGGIE, Yvonne. Raça como retórica: a construção da diferença. In Raça como retórica: a construção da diferença. Org. Cláudia Barcellos Rezende e Yvonne Maggie. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 15.

Nesse contexto, diante da constatação de que não se pode encontrar na sociedade brasileira “uma grande comunidade negra consciente de si mesma”²², pois “essa comunidade se restringe aos militantes negros”²³, o primeiro objetivo a ser alcançado pelos defensores de “uma emancipação negra” é criar uma “consciência racial”.

Nesse mesmo sentido, destaca-se o pensamento de Antônio GUIMARÃES, para quem a raça deve ser considerada estritamente de um ponto de vista social²⁴. Ou na síntese de Jacques D’ADESKY:

[...] assumir a negritude como fator ideológico pode ser visto, entre os negros, como modo de afirmação e de legitimação de uma especificidade cultura de grupo que pode ter um papel integrador, num contexto social onde as desigualdades baseadas na raça são a expressão sócio-política de um sistema de discriminação no qual a cor da pele, apesar de caráter variável e socialmente construído, sustenta implicitamente uma escala hierárquica e um sistema de valores.²⁵

Segundo Peter FRY, tal iniciativa passaria pelo convencimento de que a questão da aparência é irrelevante, tratando-se de “uma ilusão que mascara a ‘verdadeira’ divisão entre brancos, tal como acontece nos Estados Unidos”²⁶, e, ainda, que indiferentemente de serem mulatos ou morenos, todos são:

[...] realmente negros, e que sua cultura lhes teria sido, por assim dizer, roubada pela elite branca dominante. Por isso e que o Movimento põe tanta ênfase na “recuperação” da cultura negra, que funcionaria como um centro aglutinador de uma identidade considerada perdida.²⁷

As distinções raciais, assim, não se vinculam apenas à aparência ou ancestralidade, aliando-se também às diferenças culturais, tais como o idioma, a música, a culinária, a religião e as vestimentas. Segundo essa corrente, a ausência de consciência racial, longe de ser um fator positivo, representa tão somente o

²² FRY, Peter. Op. Cit. pp. 178 e 230-33.

²³ Idem.

²⁴ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Classes, raças e democracia. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2002, p. 50.

²⁵ D’ADESKY, Jacques. Pluralismo étnico e multiculturalismo. Racismo e anti-racismos no Brasil. São Paulo: tese de doutorado em antropologia social. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 1996, p. 164. *Apud* PEREIRA, Amílcar Araújo. O mundo negro: relações raciais e a constituição do movimento negro contemporâneo no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas: FAPERJ, 2013, p. 85.

²⁶ FRY, Peter. Op. Cit.

²⁷ Idem.

resultado de uma ideologia racista e alienante adotada no Brasil, que faz com que a população afrodescendente busque um processo de assimilação de valores culturais brancos como forma de se defender do preconceito. Nas palavras de KabengeleMUNANGA:

[...] O sonho de realizar um dia o “passing” que neles habita enfraquece o sentimento de solidariedade com os negros indisfarçáveis. Estes, por sua vez, interiorizaram os preconceitos negativos contra eles forjados e projetam sua salvação na assimilação dos valores culturais do mundo branco dominante. Daí a alienação que dificulta a formação do sentimento de solidariedade necessário em qualquer processo de identificação e de identidade coletivas. Tanto os mulatos quanto os chamados negros “puros” caíram na armadilha de um branqueamento ao qual não terão todos acesso abrindo mão da formação de sua identidade de “excluídos”.²⁸

A finalidade desse processo de (re)construção de uma identidade negra no Brasil, segundo MUNANGA, é combater “a ideologia de democracia racial construída a partir de um racismo universal, assimilacionista, integracionista – o universalismo”²⁹. Reconhece ele, entretanto, que esse processo de tomada de consciência não é “idêntico entre todos os negros, considerando que todos vivem em contextos socioculturais diferenciados”³⁰, o que impossibilitaria a confirmação da existência de uma única comunidade identitária cultural negra³¹.

Exemplo bem acabado daquele racismo assimilacionista seria o “imperialismo cultural” mencionado por Abdias do NASCIMENTO, em que toda uma estrutura de poder – governo, forças armadas, polícias, imprensa, televisão, etc. – é usada “para destruir o negro como pessoa, e como criador e condutor de uma cultura própria”³². E continua o referido autor:

[...] Tanto os obstáculos teóricos quanto os práticos têm prevenido os descendentes africanos de se afirmarem como íntegros, válidos, auto-identificados elementos da vida cultural e social brasileira. Pois realmente a manifestação cultura de origem africana, na integridade de seus valores, na dignidade de suas formas e expressões, nunca tiveram reconhecimento no

²⁸ MUNANGA, Kabengele. Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional *versus* identidade negra. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 88.

²⁹ Idem., pp. 125-26.

³⁰ MUNANGA, Kabengele. Negritude: usos e sentidos. 3ª.ed., 1ª reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 11.

³¹ Idem.

³² NASCIMENTO, Abdias do. O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado. Prefácio à edição nigeriana de Wole Soyinka; prefácio de Florestan Fernandes. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 94.

Brasil, desde a fundação [da] colônia, quando os africanos e suas culturas chegaram ao solo americano³³

A partir desse ponto de vista, como assevera Angélica MAUÉS, busca-se a afirmação de uma cultura negra pela “valorização e mesmo adoção de elementos da ‘cultura africana’, tais como música, dança, jogos e até hábitos alimentares, traduzidos nos jornais em receitas atribuídas aos antigos descendentes de escravos”³⁴, sem contar, ainda, a “adoção, para as crianças, de nomes africanos, que aparecem sempre nos jornais acompanhados de sua tradução para o português”³⁵.

Essa tentativa de (re)construção de uma identidade cultural negra, como forma de autoafirmação de uma parcela da população brasileira, cujos maus tratos historicamente sofridos imporiam ao Estado o dever de uma especial proteção, encontra grande similitude com que restou teorizado por Michel ROSENFELD, como a seguir demonstrado.

1.3.1. A identidade do sujeito constitucional segundo Michel Rosenfeld

Um Estado que se quer Democrático de Direito e almeja a concretização do princípio da igualdade precisa distanciar-se da utopia de uma sociedade absolutamente homogênea, mantendo-se aberto às mais diversas concepções ético-políticas e culturais, de modo a propiciar um tratamento contrafactual dessas diferenças.

Essa assertiva pressupõe a aceitação de que pode haver na sociedade diferentes sujeitos constitucionais e que todos precisam estar abertos ao diálogo, do qual resulta um processo contínuo e complexo de reconstrução de suas identidades, em razão de sua *natureza evasiva e problemática*³⁶.

³³ Idem.

³⁴ MAUÉS, Maria Angélica Motta. Da ‘branca senhora’ ao ‘negro herói’: a trajetória de um discurso racial”, Estudos Afro-Asiáticos, n. 21, Rio de Janeiro, 1991, p. 125.

³⁵ Idem.

³⁶ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 17.

De fato, a institucionalização de políticas afirmativas no Brasil, assim como ocorrido em outros países, tem como pano de fundo o reconhecimento de que a sociedade é composta por múltiplos atores, cujas respectivas especificidades impõem ao Estado um tratamento especial, a fim de assegurar-lhes o pleno exercício de seus direitos.

Esse processo de desconstrução da ideia de um povo brasileiro, caracterizado pelo compartilhamento de uma mesma herança sociocultural, em favor de uma visão dicotômica da sociedade, composta por grandes grupos raciais – brancos e negros –, tem como objetivo a reivindicação, junto ao Estado, do reconhecimento de que a população negra deve ser detentora de um *status* próprio, merecedor de especial consideração do Estado, como forma de reparação por uma suposta dívida social.

Como ensina ROSENFELD, a ideia de um sujeito constitucional mostra-se ambígua por três fatores distintos. O primeiro deles vincula-se à confusão semântica que tal expressão encerra em si mesma – pois tanto pode se referir aos elaboradores da Constituição quanto àqueles que se submetem às suas proposições. O segundo fator diz respeito à matéria constitucional, ou seja, aos elementos que compõem uma dada identidade constitucional. Por fim, tem-se o problema de a identidade constitucional poder ser reinterpretada e reconstruída com o tempo, além de se encontrar entrelaçada com outras identidades culturais da comunidade política, nas quais se mesclam aspectos étnicos, culturais, religiosos, linguísticos, etc.

O referido autor ressalta, ainda, que a identidade constitucional é igualmente problemática em razão da natureza incompleta dos textos constitucionais escritos, sujeitos a novas interpretações muitas vezes conflitantes entre si. Também há a relação da Constituição com ela mesma, na medida em que eventuais alterações no texto constitucional poderão importar na destruição do sujeito constitucional³⁷. Daí ele afirmar que a formação da identidade constitucional impõe um confronto entre o pluralismo e a tradição, que está fundada nas identidades pré-constitucionais representadas pela nacionalidade, etnia, religião ou cultura, que necessariamente

³⁷ Ibidem., pp. 17-20.

deverão ser incorporadas para que a identidade constitucional adquira sentido suficientemente determinado ou determinável³⁸.

É por isso que ROSENFELD defende que a identidade do sujeito constitucional deve ser considerada mais como uma ausência, um hiato, um vazio, do que como algo concreto e estabelecido do qual possa ser extraída legitimidade para o exercício do poder político, o que não afasta seu caráter de indispensabilidade, pois se impõe como fator de legitimidade da Constituição, assim como a necessidade de ser complementada, sob a condição de que tal reconstrução não seja definitiva ou completa, a ponto de consolidar uma única identidade e excluir as demais³⁹.

A formação do eu (sujeito) somente se torna necessária e possível dentro de um quadro de alteridade, ou seja, quando presente a ideia de que existe o outro, sendo, portanto, marcada pela diferença. De fato, como assevera Tomaz Tadeu da SILVA, “[e]m um mundo imaginário totalmente homogêneo, no qual todas as pessoas partilhassem a mesma identidade, as afirmações de identidade não fariam sentido”⁴⁰, o que leva à conclusão de que “[a]ssim como a identidade depende da diferença, a diferença depende da identidade. Identidade e diferença são, pois, inseparáveis”⁴¹.

Essa clivagem entre o *eu* e o *outro* –inexistente em uma ordem política pré-moderna sustentada por uma visão unificada, moldada pelas identidades pré-constitucionais anteriormente mencionadas, até certo ponto são compartilhadas por todos⁴² – não conseguiu ser evitada no constitucionalismo moderno, que se origina justamente na contradição entre o pluralismo e a tradição. Mas ainda que o sujeito constitucional seja fruto de uma revolução, ele não é capaz de erradicar as identidades pré-constitucionais, que em geral são “transformadas e seletivamente incorporadas na nova ordem forjada pelo sujeito constitucional”⁴³, o que faz com que

³⁸ Ibidem., pp. 20-2.

³⁹ Ibidem. pp. 26-7.

⁴⁰ SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. *In* Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais. Tomaz Tadeu da Silva (org.). 12. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 75.

⁴¹ Idem.

⁴² ROSENFELD, Michel. Op. Cit., p. 29.

⁴³ Idem., p. 35.

o passado que se buscava exorcizar acabe por determinar “o conteúdo de dispositivos constitucionais elaborados pelos constituintes revolucionários”⁴⁴.

Dessa forma, o constitucionalismo impõe a necessidade de se formar uma identidade que transcenda os limites de sua própria subjetividade, o que torna a identidade constitucional um vazio, “gerado pela distância que separa a autoimagem própria dos constituintes daquela comunidade política constitucional pluralista”⁴⁵, cujo preenchimento de certo ponto é o objetivo a ser alcançado durante a elaboração da Constituição⁴⁶.

A identidade do sujeito constitucional é então atualizada, mediante o abandono de sua própria identidade e a utilização de um discurso constitucional contextualizado à sua época, construído, fundamentalmente, com base em um texto constitucional escrito, que só pode ser apreendido em seu contexto próprio, tendo em vista suas inerentes restrições normativas e factuais. Para tanto, “o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível”⁴⁷.

Diante desse quadro, conclui ROSENFLED que apenas por intermédio da construção intersubjetiva do discurso constitucional poderá o sujeito constitucional adquirir sua identidade. Esta, entretanto, jamais será completa ou determinada, diante da impossibilidade de se abarcar todos os aspectos fáticos e normativos de toda uma história constitucional. Ocorre que a identidade constitucional é influenciada pela antinomia existente entre facticidade e validade, ou seja, entre fatos e normas, entre o real e o ideal. Isso porque a aplicação de uma mesma norma constitucional poderá conduzir a resultados diferentes e igualmente legítimos, a depender dos fatos históricos considerados. Da mesma forma, referida antinomia pode ser compreendida como o confronto entre a facticidade de um texto constitucional e as normas que estabelecem o ideal de uma democracia constitucional, pois, da perspectiva fragmentada e limitada de um juiz constitucional singular, cujo acesso à realidade empírica do constituinte é parcial e incompleta,

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem., p. 36.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem., p. 40.

apresenta-se “absolutamente impossível desenvolver um quadro coerente da auto-identidade constitucional com base exclusivamente no que lhe é empírica e historicamente acessível”⁴⁸.

No entender de ROSENFELD, enquanto a construção vincula-se à apreensão do real, a reconstrução volta-se para a imaginação contrafactual, em busca de fundamentos que justifiquem a opção por uma determinada interpretação em detrimento de outra, permitindo a tomada de posição a favor ou contra a decisão⁴⁹.

Assim, a função da reconstrução é a de harmonizar o velho e o novo no contexto em que aplicado, de forma a se poder formular uma compreensão do sujeito constitucional⁵⁰.

Para que determinado exercício de imaginação contrafactual resulte em uma reconstrução plausível e razoável da identidade constitucional, faz-se necessário que tal processo reconstrutivo seja submetido aos limites normativos inerentes ao constitucionalismo (pluralismo social, limitação do governo, adoção do Estado de Direito, proteção dos direitos fundamentais, etc.), capazes de situar o *eu* e o *outro* em um mesmo grau de dignidade e respeito, bem como às normas constitucionais vigentes⁵¹. Essa reconstrução, outrossim, deve ser suplementada pelo conceito de integridade, em que a plausibilidade lógica desse processo de reconstrução é condição essencial. Nas precisas palavras do autor:

[...] Em cada estágio do seu desenvolvimento histórico, o sujeito constitucional enfrenta determinadas contradições que o motivam a buscar coerência mediante o emprego da imaginação contrafactual. Assim, a reconstrução parece mais útil se ela apontar para uma solução plausível das contradições prevaletentes ao elaborar um quadro contrafactual que não exceda o horizonte de possibilidades delimitado pelas condições materiais existentes. Em suma, do ponto de vista da identidade do sujeito constitucional, a legitimidade da reconstrução depende da adoção das normas incorporadas no constitucionalismo, vinculada ao respeito aos limites impostos pelo relevante horizonte das possibilidades.⁵²

Tem-se, dessa maneira, que a identidade do sujeito constitucional necessariamente deverá estar vinculada ao contexto sócio-político da comunidade

⁴⁸ Ibidem, pp. 42-3.

⁴⁹ Ibidem., pp. 44-6.

⁵⁰ Ibidem., p. 46.

⁵¹ Ibidem., p. 47.

⁵² Ibidem, p. 48.

na qual ele está inserido, de modo que a necessidade de plausibilidade e razoabilidade no exercício reconstrutivo respeite os limites materiais impostos pelo contexto da identidade constitucional analisada.

A reconstrução da identidade do sujeito constitucional se pauta em dois polos: de um lado, está a autoidentidade do sujeito constitucional (o que ele é); de outro, o constitucionalismo (aquilo que ele deve ser). É por meio desse discurso contrafactual que se torna possível preencher o vazio a que está condicionado o sujeito constitucional.

Nesse processo é possível a identificação de dois movimentos, como explicado por SILVA: “de um lado, estão os processos que tendem a fixar e a estabilizar a identidade; de outro, os processos que tendem a subvertê-la e a desestabilizá-la”⁵³. O primeiro deles, de acordo com ROSENFELD, é protagonizado por aqueles que buscam justificar o *status quo* constitucional, para quem o discurso constitucional deve estreitar o hiato existente entre a Constituição efetiva e os preceitos do constitucionalismo, de modo a “forjar bases comuns entre o *eu* e o *outro* suficientes para fornecer o apoio requerido para que o sujeito constitucional possa manter uma identidade distinta”⁵⁴; o segundo é defendido por aqueles que criticam a ordem constitucional vigente, para os quais o discurso constitucional precisa “revelar os meros simulacros de harmonia entre a Constituição em questão e o constitucionalismo, e perpassar as identidades constitucionais que oprimem ou coagem desmedidamente o ‘eu’ ou o outro”⁵⁵.

Para ambos os discursos constitucionais, entretanto, o instrumental a ser utilizado para defender ou criticar as ordens constitucionais vigentes será sempre o mesmo: a negação, a metáfora e a metonímia, que “combinam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos pertinentes com vistas a produzir um discurso constitucional no e pelo qual o sujeito constitucional possa fundar a sua identidade”⁵⁶.

O papel da negação na formação do sujeito constitucional é multifacetado, intrincado e complexo, pois envolve, dentre outras coisas, a rejeição, o repúdio, a repressão, a exclusão e a renúncia. Em um primeiro estágio, de dimensão

⁵³ SILVA, Tomaz Tadeu da. Op. Cit., p. 84.

⁵⁴ ROSENFELD, Michel. Op. Cit., p. 49.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem., p. 50.

puramente negativa, o sujeito constitucional se afirma como um ser que é distinto do ser pré-constitucional, formado pelas identidades parciais vindas da tradição ou da revolução⁵⁷. A esse estágio segue-se um segundo, de dimensão positiva, no qual o sujeito constitucional lança mão daquelas identidades descartadas de uma forma seletiva, na medida em que as antigas tradições forem capazes de servir aos interesses do constitucionalismo⁵⁸. Nesse estágio, afirma ROSENFELD que “a própria necessidade de adquirir uma identidade positiva leva o sujeito constitucional a um confronto entre a sobrevivência e a perda da subjetividade”⁵⁹, do qual se impõe ao sujeito constitucional que negue “a sua subjetividade para manter uma identidade”⁶⁰. Num terceiro e último estágio, que é a negação da negação, ou seja, “a negação da preposição segundo a qual a busca da identidade envolve a perda da subjetividade”⁶¹, o sujeito constitucional toma consciência de sua própria identidade positiva, como resultado de sua própria vontade e coerente com suas pretensões. Na dicção do referido autor:

[...] o trabalho da negação da negação encontra-se completo quando o sujeito constitucional compreende que, embora o material bruto que figura em sua identidade positiva se origine do mundo subjetivo exterior, sua seleção, combinação, organização e emprego em um todo coerente é o produto de sua própria obra, o resultado de seu próprio trabalho, de seus próprios esforços na luta por uma identidade distinta.⁶²

Como se pode observar, o processo de negação narrado por ROSENFELD aproxima-se do referencial teórico utilizado por Pierre BOURDIEU, segundo o qual a definição identitária dos grupos sociais é buscada na demarcação e valorização das diferenças. Nas palavras do referido autor:

As lutas em torno da identidade étnica ou regional, quer dizer, em torno de marcas que lhes são correlatas, como, por exemplo, o sotaque, constituem um caso particular das lutas entre classificações, lutas pelo monopólio do poder. O móvel de todas essas lutas é o poder de impor uma visão do mundo social através dos princípios de divisão que, tão logo se impõem ao conjunto de um grupo, estabelecem o sentido e o consenso sobre o sentido,

⁵⁷ Ibidem., p. 52.

⁵⁸ Ibidem., p. 53.

⁵⁹ Ibidem., p. 56.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem., p. 57.

em particular sobre a identidade e a unidade do grupo, que está na raiz da realidade da unidade e da identidade do grupo.⁶³

Mas esse processo de construção da identidade constitucional não se mostra aberto de forma absoluta, porquanto vinculado à reincorporação de algumas das concepções de bem anteriormente excluídas, sendo certo que, como reconhece ROSENFELD:

[...] quais dessas concepções de bem deverão ser reincorporadas, e em qual medida, é algo que é determinado pelos critérios normativos impostos pelo pluralismo, tornando claro, assim, que a tolerância do pluralismo das diversas concepções de bem resulta de uma posição ativa e não de uma postura passiva. Do mesmo modo, a construção pelo sujeito constitucional de sua identidade positiva não pode ser completada sem que o material bruto originariamente externo à esfera constitucional seja submetido aos limites normativos prescritos pelo constitucionalismo.⁶⁴

Assim, a negação busca definir o que a identidade constitucional não é.

Já a metáfora funciona como recurso apto a aclarar e fixar as relações entre identidade e diferença no seio da identidade constitucional, assemelhando-se ao conceito freudiano de condensação, sendo essencial para o discurso de autoafirmação positiva do sujeito constitucional, na medida em que permite o estabelecimento de similaridades e equivalências com o escopo de forjar vínculos de identidade, a partir de níveis mais elevados de abstração⁶⁵.

Um exemplo utilizado por ROSENFELD – à luz da Constituição norte-americana, porém aplicável ao contexto constitucional brasileiro – refere-se à proibição à discriminação racial, que encerra em si a metáfora de indiferença à cor, que legitima “a doutrina constitucional que veda as distinções e classificações fundadas na raça e promove a identidade constitucional que se eleva acima da desunião, da divisibilidade, da política racial”⁶⁶. Se de um lado esse preceito veda a utilização das diferenças raciais como meio de criar desvantagens para as minorias raciais oprimidas, sua aplicação de forma absoluta inibiria a adoção de ações

⁶³ BOURDIEU, Pierre. *A Economia das Trocas Linguísticas*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998, p. 108.

⁶⁴ ROSENFELD, Michel. *Op. Cit.*, p. 57.

⁶⁵ *Ibidem.*, p. 61.

⁶⁶ *Ibidem.*, p. 65.

afirmativas específicas cujos objetivo seriam combater o racismo observado na sociedade norte-americana⁶⁷.

Já a metonímia opera no discurso constitucional de modo diverso da metáfora, estabelecendo um eixo de continuidade, de contextualização da identidade do sujeito constitucional frente às identidades pré-constitucionais relevantes. Para tanto, os argumentos jurídicos fundados na metonímia “evocam as diferenças mediante a contextualização, [repousando] sobre as relações de proximidade para delinear o quadro que revele o máximo possível de detalhes concretos”⁶⁸.

A estratégia retórica desse tipo de argumentação tem por escopo demonstrar que determinadas argumentações metafóricas ultrapassam o caso paradigmático, podendo chegar ao extremo de subverter “a confiança nos precedentes, uma vez que qualquer situação, ao se exaustivamente contextualizada, em última análise, é única”⁶⁹.

ROSENFELD ressalta que a contribuição da metonímia para a delimitação dos direitos constitucionais torna-se manifesta no momento da implementação desses direitos, ou em outras palavras, na transição entre o abstrato e concreto, pois deverão ser levadas em conta as necessidades e circunstâncias com que se defrontam os beneficiários desses direitos⁷⁰. Outra contribuição do processo metonímico revela-se na definição da identidade constitucional que deve “incorporar as diferenças por meio da contextualização para evitar a subordinação de uns aos outros no interior do mesmo regime constitucional”⁷¹.

O autor chama a atenção para o fato de que a interação entre a negação, a metáfora e a metonímia ocorre em níveis distintos, resultando em combinações e interseções múltiplas, que devem ser integradas “com sucesso para apresentar uma avaliação exaustiva da formação, da evolução e da dissolução reconstitutivas das identidades constitucionais”⁷².

Se por meio da determinação, da renúncia, da repressão, do recalcamento, a negação possibilita à identidade constitucional definir o que ela não é, a metáfora e

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem., p. 70.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibidem., p. 73.

⁷¹ Ibidem., p. 74.

⁷² Ibidem., p. 82

a metonímia doam sentido e significado às funções da identidade e da diferença no cerne do discurso constitucional⁷³. Assim, conquanto a negação possibilite a delimitação do sujeito constitucional por meio da mediação entre identidade e diferença, somente através da metáfora e da metonímia será possível revelar quais as identidades e diferenças “devem ser mediatizadas pela negação para a produção de uma reconstrução plausível de um sujeito constitucional adequado”⁷⁴.

Do que foi até aqui exposto, é possível concluir que o processo de construção de uma identidade constitucional, descrito por ROSENFELD, pode ser observado no discurso utilizado no Brasil pelos defensores de políticas públicas de viés racial.

Por meio da negação defende-se que os afrodescendentes possuem existência própria enquanto grupo social e político, sendo, portanto, detentores de interesses e necessidades específicas a reclamar uma especial atenção do Estado. A metáfora e a metonímia, por sua vez, permitem que os indivíduos destituídos de uma consciência racial, perdidos em sua suposta brasilidade, consigam entrever entre si as similaridades e equivalências necessárias à “formação do sentimento de solidariedade necessário em qualquer processo de identificação e de identidade coletivas”⁷⁵.

Tais instrumentos retóricos, dessa forma, tornariam possível a demonstração de que o tratamento histórico dispensado aos afrodescendentes autoriza a criação de políticas positivas em favor desse grupo social, como forma de dar concretude ao princípio de igualdade entre os homens, salvaguardado pela Constituição.

Aqueles que sustentam a construção de uma identidade negra rejeitam a possibilidade de se considerar a sociedade brasileira como um conjunto mais ou menos homogêneo, “em que todos compartilham conceitos e premissas culturais básicos”⁷⁶. Ao contrário, a sociedade seria multiétnica, porquanto dividida entre grupos diversos – destacando-se o *branco* e o *negro* – cada um deles com suas respectivas tradições⁷⁷.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem., p. 83.

⁷⁵ Ibidem., p. 88.

⁷⁶ FRY, Peter. Op. Cit., p. 162.

⁷⁷ TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. LOPES, Cristina (Org.). *Cotas raciais: Por que sim?* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Ibase: Observatória da Cidadania. 2006. Disponível in

De fato, a defesa desse ponto de vista impõe a necessidade de que sejam estabelecidos marcadores, limites, ou ainda características histórico-sócio-culturais capazes de delimitar, ou melhor, separar a “cultura negra” da “cultura branca”, lançando mão, para tanto, dos mais variados aspectos da sociedade, tais como a religião e a música, o que, no entanto, como será visto, torna-se uma tarefa fadada ao insucesso.

1.4. A negritude como manifestação cultural

Como visto, diante da impossibilidade prática de se tentar construir uma identidade negra no Brasil a partir de critérios puramente biológicos, os defensores das políticas afirmativas de viés racial passaram a buscar a afirmação de uma cultura negra pela valorização e mesmo adoção de elementos da “cultura africana”.

Tal posicionamento, todavia, não encontra unanimidade nos debates acadêmicos, havendo respeitáveis vozes dissonantes no sentido de que não se pode falar em uma cultura negra pelas simples razão de que não existem no Brasil conjuntos culturais fechados⁷⁸, de modo que seria um erro confundir diferenças culturais com culturas diferentes⁷⁹. Para essa corrente, a marca da sociedade brasileira não está em um suposto “genocídio” da identidade negra por meio de uma assimilação de sua cultura, mas em um sincretismo real, observável, dentre outras manifestações, na religião, na música e no idioma falado no Brasil.

Como afirma Antônio RISÉRIO, ainda que o processo de miscigenação possa ser observado em outros lugares, o caso brasileiro seria digno de nota em virtude do alto grau de mestiçagem observado e, ainda, pelo “fato de que aqui culturas muito diversas entre si se mesclaram em funda profundidade”⁸⁰. Ademais, a cultura brasileira seria marcada pelo seu sincretismo, na medida em que, desde o início da colonização portuguesa, “nenhum de seus elementos, nenhuma de suas

<http://www.ibase.br/userimages/ibase_cotas_raceais_2.pdf>. Acessado em 22 de novembro de 2012.
FRY, Peter. Ob. Cit. p. 176.

⁷⁸ RISÉRIO, Antônio. Op. Cit., p. 210.

⁷⁹ Ibidem., p. 211.

⁸⁰ Ibidem., p. 83.

formas guardou qualquer espécie de pureza original, tenha ela sido real ou imaginária”⁸¹.

Ainda segundo o referido autor, um terceiro elemento característico da formação cultural brasileira reside no fato de que, diferentemente do que ocorre nos EUA, o brasileiro se reconhece como um povo mestiço, sabendo “assumir os seus ancestrais”⁸².

Semelhante posição é defendida por Wilson TRAJANO FILHO, ao afirmar que as manifestações culturais observadas no Brasil, que supostamente trariam uma marca africana – algumas comidas, a capoeira, os cultos de possessão, o samba, etc. –, na verdade representam um amálgama das tradições dos vários povos. Daí afirmar que:

A ideia de que certos traços culturais são oriundos de uma África sem história e homogênea, e de que foram transportados para o Brasil, aqui se mantendo, nega características importantes de toda cultura humana: sua criatividade e sua capacidade de reinventar a si mesma. Certamente os africanos trouxeram consigo os seus modos de adorar as divindades, suas práticas culinárias e suas formas de sociabilidade. Mas essas se transformaram pelo contato com outras tradições, pelas restrições ambientais e pela inserção dos recém-chegados em uma nova estrutura social.⁸³

Alguns exemplos desse debate servem para demonstrar como a definição dos elementos essenciais à construção de uma identidade negra no Brasil está sujeita a um processo extremamente subjetivo.

Em sentido contrário à posição adotada por Darcy RIBEIRO – segundo a qual a mistura do negro, do índio e do europeu resultou na formação de “uma nova identidade étnico-racial, a de brasileiros”⁸⁴ –, NASCIMENTO aduz que “o modelo sincrético, não democrático, construído pela pressão política e psicológica exercida pela elite dirigente foi assimilacionista”⁸⁵.

De acordo com NASCIMENTO, o *Candomblé* – nome dado à religião trazida da Nigéria pelos povos iorubas, e que recebeu influências de vários outros grupos culturais africanos – teria conseguido conservar “intato seu corpo de doutrina, sua

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

⁸³ TRAJANO FILHO, W. História da África – Para quê? In Divisões Perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo. Peter Fryet alii (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 54.

⁸⁴ RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, pp. 132-3.

⁸⁵ NASCIMENTO, Abdias. Op. Cit., p. 101.

cosmogonia e teogonia, o testemunho dos seus mitos vivos e presentes”⁸⁶, constituindo-se “a fonte e a principal trincheira da resistência cultura do africano, e o ventre gerador da arte afro-brasileira”⁸⁷. A necessidade de proteção contra a perseguição policial e da própria Igreja Católica aos candomblés seria, na concepção do autor, o motivo que levou à criação de uma nova categoria na hierarquia sacerdotal – os *ogans*, espécie de patronos honorários –, não raros oferecidos à pessoas brancas influentes⁸⁸.

RISÉRIO, entretanto, questiona o que chama de “visão racalista do candomblé”⁸⁹, argumentando que a conversão das religiões africanas em universalistas já era uma realidade observável na Bahia no século XVII, assim como na Buenos Aires do século XX. Da mesma forma, não se trata de uma religião popular entre os afrodescendentes, inclusive na Bahia, e sim, segundo o autor, de “uma religião da elite (da elite negra, inclusive, econômica e culturalmente falando – vale dizer, a classe média negromestiça mais intelectualizada) do que das massas”⁹⁰. E continua:

[...] Seus terreiros vêm iniciando ritualmente, em número cada vez maior, estrelas do Olimpo da cultura de massas no Brasil. E são frequentados por políticos, empresários, publicitários, escritores, músicos, cineastas, atores e atrizes célebres, etc. As massas, ao contrário, acham-se ausentes. Foram arrebatadas pelos novos discursos evangélicos. Hipnotizadas e arrastadas para templos onde o candomblé virou sinônimo de todo que é demoníaco.⁹¹

Mesmo que indiretamente, as críticas formuladas por NASCIMENTO em relação ao papel desempenhado pela Igreja Católica são rebatidas por RISÉRIO, quando este afirma que a Igreja colaborou com o processo de integração dos negros em uma única nacionalidade⁹², ou, ainda, que não seria adequado falar em um processo de assimilação das religiões africanas pelo catolicismo, na medida em que “quem comandou o processo seletivo não foram os padres católicos, mas os sacerdotes africanos”⁹³.

⁸⁶ Idem., pp. 102-3.

⁸⁷ Ibidem., p. 103.

⁸⁸ Ibidem., p. 104.

⁸⁹ RISÉRIO, Antônio. Op. Cit., p. 61.

⁹⁰ Idem., p. 62.

⁹¹ Ibidem.

⁹² Ibidem., p. 81.

⁹³ Ibidem., p. 218.

Nesse contexto, afirma RISÉRIO que, mesmo se inicialmente, o sincretismo religioso se apresentasse como uma forma de resistência, como forma de “ocultar as práticas religiosas africanas do olhar vigilante de senhores e sacerdotes, e impedir que um mundo cultural se desintegrasse, estilhaçando-se seus agentes”⁹⁴, não se estaria aí diante de “sua dimensão mais profunda e essencial”⁹⁵, uma vez que:

[...] o sincretismo não foi coisa de uma gente passiva, mas iniciativa de atores vitais de nossa história e de nossos processos culturais. Concluo, por tudo, que é mais correto pensa-lo no campo de forças que no jogo semiótico das apropriações simbólicas.⁹⁶

RISÉRIO vai mais além ao afirmar, baseado em estudos antropológicos realizados por Deoscóredes dos SANTOS e Jocélio Teles dos SANTOS, que não há falar em uma “ortodoxia nagô” nos terreiros da Bahia, pois a “decantada preservação de uma pureza africana resiste apenas em estudadas posturas de líderes religiosos e em ficções ideológicas, materializem-se estas em manifestos políticos ou em teses universitárias”⁹⁷. E continua a afirmar RISÉRIO:

[...] A disposição anti-sincretista é, no Brasil como em outros lugares, muito mais uma atitude intelectualista do que uma postura popular. Não foi por acaso que a investida recente contra o sincretismo se deu no momento em que a religião dos orixás se firmou no mundo da escrita, em textos de antropólogos, ialorixás e babalaôs.⁹⁸

Entendimento semelhante pode ser observado no pensamento de Reginaldo PRANDI, quando ele aduz que o candomblé passa no Brasil por uma fase em que se busca seu afastamento do processo sincrético do qual se originou, em direção à sua “africanização”, mediante “o reaprendizado das línguas africanas esquecidas ao longo de um século, a recuperação da mitologia dos deuses africanos, que em parte também se perdeu nesses anos todos de Brasil, e a restauração de cerimoniais africanos”⁹⁹.

⁹⁴ Ibidem. 219.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem., p. 221.

⁹⁸ Idem., p. 222.

⁹⁹ PRANDI, Reginaldo. *Civitas*, Porto Alegre, v. 3, nº 1, jun. 2003, p. 22.

De acordo com PRANDI, nesse processo de afirmação do candomblé como uma religião africana autônoma “é o processo de dessincretização, com o abandono de símbolos, práticas e crenças de origem católica”¹⁰⁰.

A tentativa de se vincular as religiões de origem africana a uma identidade negra também foi objeto de considerações por PRANDI, ao demonstrar com base em dados empíricos, que brancos e pardos têm uma participação muito semelhante na Umbanda (0,9% para brancos e 0,8% para pardos) e no Candomblé (0,3% para o brancos e 0,4% para os pardos)¹⁰¹.

Os dados encontrados por PRANDI foram corroborados pelo censo do IBGE de 2010, que também apontou uma expressiva participação de brancos e pardos dentre aqueles que se declararam pertencer à Umbanda e ao Candomblé (47,1% dos brancos e 30,8% dos pardos)¹⁰².

A mesma divergência acima relatada é observada em outras manifestações culturais, como a música.

Entre aqueles que se posicionam favoravelmente à existência de uma cultura negra no Brasil há certa tendência em classificar manifestações musicais como o samba, o *soul*, o *hip hop*, o *reggae* e os ritmos “afro” como representações de poder da população afrodescendente. Segundo RISÉRIO, todavia, o samba – como de resto a música popular brasileira – representa o resultado de uma mescla dos vários ritmos tocados no Brasil, desde aqueles vindos de Angola e do Congo aportados na Bahia, à música europeia erudita ou semierudita, também aprendida por músicos escravos¹⁰³. Esses sons foram mais tarde levados ao Rio de Janeiro, e após nova remodelação, rapidamente chegaram ao gosto popular, sem nunca “deixar[em] de veicular elementos culturais de manifesta extração negroafricana”¹⁰⁴. No que diz respeito aos demais ritmos, se tratariam de importações relativamente recentes, não necessariamente da África¹⁰⁵, a ponto de, como relata Renato ORTIZ, existir dentro do próprio movimento negro críticas no sentido de que a *soul*

¹⁰⁰ PRANDI, Reginaldo. *Civitas*, Porto Alegre, v. 3, nº 1, jun. 2003, p. 22.

¹⁰¹ PRANDI, Reginaldo. *Raça e Religião*. *Novos Estudos* n. 42. (Julho). 1995, p. 127.

¹⁰² BRASIL. IBGE. *Censo Demográfico 2010.*, p. 101.

¹⁰³ *Ibidem.*, p. 291.

¹⁰⁴ *Ibidem.*, p. 292

¹⁰⁵ FRY, Peter. *Op. Cit.*, p. 233.

music representa “uma nova absorção, pelos negros brasileiros, do imperialismo cultural americano”¹⁰⁶.

As conclusões formuladas por RISÉRIO encontram respaldo nos dados obtidos na Pesquisa sobre Atitudes Raciais, realizada no Estado do Rio de Janeiro, dirigida pelo Curso de Especialização em Administração Pública – CEAP/UFF¹⁰⁷, em que brancos e pardos declararam ser importantes em suas vidas certas manifestações culturais. Brancos e pardos apresentam números idênticos no que diz respeito ao gosto pelo *Funk* (9%) e pelo *Rap* (12%), e uma pequena diferença quanto ao Samba (54% entre os brancos e 56% entre os pardos).

Essa pesquisa também é um bom exemplo das divergências existentes entre os processos de autoidentificação e heteroidentificação acima mencionados. A partir de um critério de heteroidentificação, os dados coletados divergiram daqueles obtidos primeiramente pelo método da autoidentificação dos entrevistados: capoeira (34% entre brancos e 41% entre pardos); *Funk* (7% entre brancos e 13% entre pardos); *Rap* (11% entre brancos e 15% entre pardos) e Samba (53% entre brancos e 59% entre pardos).

Ao comentar esses números, TELLES põem em dúvida “se a cultura negra torna uma pessoa mais propensa a ser classificado como preta ou se as pessoas de pele mais escura são mais propensas a participar da cultura negra”¹⁰⁸. A questão, todavia, a luz do que defende RISÉRIO, talvez seja questionar se aquelas manifestações culturais efetivamente podem ser classificadas como representações de uma “cultura negra”, na medida em que são igualmente celebradas por brancos e pardos.

É importante esclarecer que os dados acima colacionados não têm por finalidade tentar comprovar a existência, ou não, de uma cultura negra no Brasil, mas apenas demonstrar que tal discussão, como de resto todas aquelas travadas no campo das ciências sociais, envolve grande dose de subjetividade na interpretação dos dados estatísticos obtidos em estudos empíricos.

¹⁰⁶ ORTIZ, Renato. Cultura brasileira e identidade nacional. São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 58.

¹⁰⁷ *Apud* TELLES, Edward. Op. Cit., p. 131.

¹⁰⁸ TELLES, Edward. Op. Cit., pp. 131-2.

E surge daí a questão: é possível conciliar critérios de discriminação de ordem subjetiva – como é o caso daqueles propostos para a definição dos beneficiários das políticas afirmativas de viés racial, no Brasil –, com o princípio da igualdade?

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.1. Considerações iniciais

Questão das mais controversas e longevas na Filosofia, na Ciência Política e no Direito é a delimitação de um conceito de igualdade capaz de abarcar de uma só vez todas as muitas variáveis às quais os homens encontram-se sujeitos do nascimento à morte – e sobre as quais poucas vezes exercem alguma efetiva ingerência –, porquanto “desde muito inexoravelmente atada ao irracionalismo de juízos passionais que aquecem a imaginação, mas esfriam a lógica e o raciocínio”¹⁰⁹.

Assevera Ronald DWORKIN, contudo, que nada obstante se trate de uma questão filosófica difícil¹¹⁰, ela deve ser enfrentada, na medida em que nenhum “governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade”¹¹¹, pois a “consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passe de tirania”¹¹².

Diante desse quadro surge a necessidade de duas advertências imprescindíveis: não se tem aqui a pretensão de realizar um comentário exaustivo e pormenorizado sobre as diversas teorias que tentam formular, desde a antiguidade, um conceito de igualdade, ou mesmo de afirmar qual delas seria a melhor, empreitada que extrapolaria os limites do presente trabalho, revelando-se demasiadamente complexa. Da mesma forma, não se pretende investigar a eventual (in)compatibilidade das ações afirmativas – genericamente consideradas – com o princípio da igualdade, mas especificamente o caso brasileiro, em que o fator racial foi adotado como critério de discrimen.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 3, pp. 217-229, fevereiro/2009.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. *Rev. Tec. e da Trad. Cícero Araújo, Luiz Moreira*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XI.

¹¹¹ *Idem.*, p. IX.

¹¹² *Ibidem.*

Feitas essas ressalvas, serão examinadas apenas aquelas referências obrigatórias e indispensáveis ao trato do tema, assim consideradas pela doutrina, em razoável comunhão.

2.2. Escorço histórico

As primeiras tentativas de positivação das leis na Grécia surgiram no período dos legisladores atenienses Drácon (fim do século VII a.C.) e Sólon (início do século IV a.C.), que lhes buscaram dar forma pública e permanente, e, assim, acabar com os problemas de interpretação das regras costumeiras, não raro interpretadas em favor dos membros das classes dominantes¹¹³.

John M. KELLY ressalta, entretanto, que a igualdade perante a lei era um valor inexistente na ciência jurídica formal da Grécia clássica, embora esteja “claro que a mente grega, ou pelo menos a ateniense, lhe atribuía conscientemente certo peso”¹¹⁴.

O advento da democracia em Atenas e em outras cidades-estados resultou na transferência do processo de outorga das leis – antes nas mãos da aristocracia – para os cidadãos reunidos em assembleia¹¹⁵, bem como na ascensão do ideal de isonomia, isto é, de igualdade entre todos os cidadãos, permitindo-lhes aspirar a cargos públicos contando apenas com suas competências e méritos¹¹⁶. Cuidava-se de uma igualdade relativa, pois a cidadania plena era concedida apenas aos homens livres, maiores de 20 anos, restando excluídos os estrangeiros, os escravos, as mulheres e as crianças.

Essa igualdade relativa encontra amparo no pensamento de Platão (427-347 a.C), para quem o pluralismo, a diversidade e a variedade atraentes teriam efeitos desintegradores, de modo que somente a adoção de uma visão social abrangente, capaz de assegurar uma estrutura social justa, impediria o esfacelamento da

¹¹³ KELLY, John M. Uma breve história da teoria do direito ocidental. Trad. Marylene Pinto Michael. Rev.Téc. e trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 10.

¹¹⁴ Idem, p. 38.

¹¹⁵ NOVAES, Roberto Vasconcelos. O filósofo e o tirano: por uma teoria da justiça em Platão. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 32.

¹¹⁶ NOVAES, Roberto Vasconcelos. Op. Cit.

sociedade em lutas de classes¹¹⁷. Daí o Estado ideal platônico assumir um caráter elitista e centralizador, em que os homens são hierarquicamente classificados de acordo com suas aptidões e funções¹¹⁸, submetendo-se a um sistema educacional não universal, cuja extensão e qualidade vinculam-se ao papel social a ser desempenhado por cada uma das classes ou ordens sociais existentes¹¹⁹.

A justiça em Platão não seria definida pela igualdade entre os cidadãos, mas por sua desigualdade, pois no Estado ideal o segredo para a felicidade dos homens e, por conseguinte, para a manutenção de uma estabilidade do corpo social estaria em que todos aceitassem seus respectivos papéis sociais^{120e121}. Nas palavras de Mário Curtis GIORDANI, a “justiça, saúde e força da República, é fruto do concerto de todas as virtudes e da subordinação das diferentes classes entre si”¹²²; por seu turno, a “injustiça aparece quando se dá a subversão da hierarquia das classes”¹²³.

A verdadeira igualdade, portanto, não seria aquela definida pelo Estado – vinculada a uma igualdade de medida, de peso e de número –, mas decorrente da própria natureza. Daí afirmar Platão que a igualdade:

[...] concebe mais ao maior, menos ao menor, dando a um e a outro em medida correspondente à sua natureza; e, assim confere honras sempre maiores aos que possuem maior virtude, mas aos que, quanto à virtude e à educação, se encontram no caso opostos, concede proporcionalmente o que a eles pode caber.¹²⁴

Essa ideia segundo a qual a igualdade guarda uma correlação de proporcionalidade em relação às virtudes de cada homem também pode ser encontrada no pensamento de Aristóteles (384-322 a.C).

¹¹⁷MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos Gregos ao pós- modernismo*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev.Téc. Gildo Sá Leitão Rios. 2ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 42.

¹¹⁸ GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*. 5ª ed., Petrópolis: Vozes, 1992, p. 156.

¹¹⁹ MORRISON, Wayne. *Op. Cit.*, pp. 43-4.

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ FARAGO, France. *A justice*. Trad. Maria José Pontieri. Barueri, SP: Manole, 2004,p. 33.

¹²² GIORDANI, Mário Curtis. *Op. Cit.*

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ Platão. *As Leis*. *Apud* REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia antiga*. 2ª ed. Trad. Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine: Platão e Aristóteles. São Paulo: Loyola, 2002, v. 2, p. 503.

No Livro V de seu *Ética a Nicômaco*¹²⁵, Aristóteles se dedica à análise da justiça, considerando-a a principal dentre as virtudes, por se tratar de algo cujo escopo é manter ou restaurar um equilíbrio ou proporção entre os indivíduos. Trata-se de uma “disposição moral que torna os indivíduos aptos a realizar atos justos e que os faz agir justamente e desejar o que é justo”, sendo a injustiça “aquela disposição que leva os indivíduos a agir injustamente e desejar o que é injusto”¹²⁶.

No que diz respeito aos objetivos do presente trabalho, chama a atenção o conceito dado por Aristóteles ao que ele chamou de justiça distributiva, voltada à “distribuição de honra, riqueza e os demais ativos divisíveis da comunidade, os quais podem ser atribuídos entre seus membros em porções iguais ou desiguais”¹²⁷; e de justiça corretiva, “que supre um princípio corretivo nas transações privadas”¹²⁸.

A igualdade na justiça distributiva revela-se na necessidade de que as recompensas sejam distribuídas de acordo com o mérito de cada pessoa, “de tal modo que é injusto que os desiguais em mérito sejam tratados de igual maneira ou que iguais em mérito sejam tratados de maneira desigual”¹²⁹. Aristóteles, contudo, não se preocupa em conceituar o que entende por *mérito*, limitando-se a reconhecer que essa definição poderá variar de acordo com o regime político adotado na sociedade, uma vez que para “os democratas mérito se identifica com a condição de homem livre; aqueles que são adeptos da oligarquia o identificam com a riqueza ou o bom nascimento; os seguidores da aristocracia fazem desse mérito a virtude”¹³⁰.

Esclarece Eduardo C. B. BITTAR que a justiça distributiva perfaz-se “numa relação público-privada, sendo que a justiça e a injustiça do ato radicam-se na própria ação do governante dirigida aos governados”¹³¹. Para que se fale em injustiça, além da existência de indevida desproporcionalidade na distribuição vantagens ou encargos, torna-se necessário que o agente encarregado dessa distribuição efetivamente tenha consciência do mal cometido¹³².

¹²⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Trad., textos adicionais e notas de Edson Bini, 2ª ed., Bauru: EDIPRO, 2007.

¹²⁶ Idem., V, 1129a., 10;

¹²⁷ Idibem., 1131a, 1.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ FLEISCHACKER, Samuel. Uma breve história da justiça distributiva. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 30.

¹³⁰ ARISTÓTELES. Op. Cit. 1131a, 25-30.

¹³¹ BITTAR, Eduardo C. B. A Justiça em Aristóteles. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 95.

¹³² Idem.

Samuel FLEISCHACKER observa, ainda, que “o caso de justiça distributiva com o qual Aristóteles mais se preocupa é o de como a participação política (a capacidade para votar ou exercer cargos públicos) deve ser distribuída”¹³³, assumindo a questão da distribuição de bens materiais posição marginal, e, mesmo assim, sem jamais levantar, “nem mesmo como uma possibilidade [...] que a justiça possa exigir que o Estado organize a estrutura fundamental da posse material entre seus cidadãos”¹³⁴.

A justiça corretiva, por sua vez, na dicção de BITTAR, é aquela aplicável em uma sociedade “de iguais entre iguais, como particulares e entre particulares, agindo como sujeitos em paridade de direitos e obrigações frente à lei do Estado”¹³⁵. Ela abrange tanto as relações voluntárias entre indivíduos, decorrentes de transações comerciais, “onde prevalece a liberdade de vinculação e de estipulação do teor do vínculo, correspondendo ao sinalagma perfeito”¹³⁶, quanto às relações involuntárias surgidas de uma clandestinidade ou de uma violência.

Nas relações voluntárias o justo comutativo caracteriza-se pela “noção de reciprocidade proporcional das trocas dentro da complexa malha social”¹³⁷, que é buscada diretamente pelos interessados. Em tais relações o equilíbrio, em princípio, decorre da vontade dos próprios indivíduos.

Todavia, instalada uma disputa a participação de um juiz – verdadeira “justiça personificada”¹³⁸ – se torna necessária a fim de restaurar a igualdade perdida. Para tanto, não levará em consideração as pessoas envolvidas, mas apenas a lei¹³⁹. Essa justiça reparativa, a justiça dos tribunais¹⁴⁰, corresponde à “necessária medida de restituição das condições anteriores em que se encontravam as partes antes que se fizesse entre elas uma desigualdade involuntária”¹⁴¹.

¹³³ FLEISCHACKER, Samuel. Op. Cit., p. 31.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ BITTAR, Eduardo C. B. Op. Cit., p. 98.

¹³⁶ Idem., p. 102.

¹³⁷ Ibidem., p. 103.

¹³⁸ ARISTÓTELES. Op. Cit., 1132a, 20.

¹³⁹ Idem., 1132a, 1/5.

¹⁴⁰ KELLY, J.M. Op. Cit., p. 35.

¹⁴¹ BITTAR, Eduardo C. B. Op. Cit., p. 105.

Mas como lembrado por BITTAR, Aristóteles também examinou a justiça sob uma perspectiva racional-realista¹⁴², classificando-a em justo político e justo doméstico.

A justiça política pressupõe a existência de pessoas livres e iguais (real ou proporcionalmente), preocupadas em satisfazer suas necessidades. Entretanto, diante da possibilidade de as pessoas deixarem de agir virtuosamente na distribuição de bônus ou ônus, torna-se necessário que a justiça política esteja vinculada à ideia de impessoalidade, de império da lei, na qual esta – e não a vontade de uma elite dirigente – ocupe o papel central na regulação da vida das pessoas¹⁴³.

Essa igualdade perante a lei, todavia, corresponde a um ideal mais restrito que aquele vigente em tempos modernos, porquanto abrange apenas “aquele que governa e é governado”, excluindo-se “aqueles que não alcançaram a idade legalmente considerada como suficiente para a participação na vida cívica, as mulheres, e aqueles que não gozam de liberdade”¹⁴⁴. A esposa, filhos e escravos encontravam-se sob a autoridade absoluta do pai¹⁴⁵, merecendo cada um deles tratamento específico¹⁴⁶. Também aqui se vislumbra a ideia de alteridade: não se pode falar em injustiça em relação a senhor e seu escravo – uma mera propriedade – ou a um filho que não alcançou sua independência, pois de certa forma ambas as figuras se confundem, não sendo possível a ninguém optar por prejudicar a si mesmo¹⁴⁷.

O conceito platônico de uma desigualdade natural e necessária entre os homens não é, assim, estranha ao pensamento de Aristóteles. De fato, especificamente em relação aos escravos, tal condição era vista como natural¹⁴⁸, inserindo-se em um “pensamento de ‘harmonia do mundo’, concebido como um sistema hierarquizado em que cada ser tem seu lugar e assim, supostamente, cada uma das partes contribuiu para o equilíbrio do conjunto”. Nesse contexto, qualquer

¹⁴² Idem., pp. 124 e 126.

¹⁴³ ARISTÓTELES., Op. Cit., 1134a, 25.

¹⁴⁴ BITTAR, Eduardo C. B. Op. Cit., p. 126.

¹⁴⁵ GIORDANI, Mário Curtis. Op. Cit., pp. 191 e 198.

¹⁴⁶ BITTAR, Eduardo C. B. Op. Cit., pp. 126-7,

¹⁴⁷ ARISTÓTELES. Op. Cit., 1134b, 10-15.

¹⁴⁸ KELLY, J.M. Op. Cit., p. 135. GIORDANI, Mário Curtis. Op. Cit., p. 185.

tentativa de um indivíduo sair do papel social que lhe fora designado importaria em uma ameaça à própria sociedade¹⁴⁹.

O tratamento dispensado aos escravos e filhos, entretanto, não é aplicável ao matrimônio¹⁵⁰, pois “esta relação é semelhante ao exercício do poder do governo aristocrático, onde impera a liberdade entre os iguais”¹⁵¹, em que o mérito será o critério de distribuição das vantagens. De fato, possuíam as mulheres maior liberdade em relação aos maridos, cabendo-lhes também a gerência dos negócios do lar, não apenas em relação ao seu próprio dote, mas a toda a fortuna familiar, bem como cuidar da educação dos filhos¹⁵².

Nesse mesmo período histórico também Roma já se via às voltas com as questões relacionadas aos anseios das classes mais baixas de sua população, invariavelmente relacionadas à exigência de igualdade de direitos.

O fim do período monárquico e a ascensão da República (século VI a.C.) não importou no surgimento entre os romanos de uma democracia igualitária nos moldes modernos, pois à expulsão dos reis sobreveio um longo período marcado pelo domínio da aristocracia patrícia¹⁵³. “Ninguém, a não ser o patrício, podia exercer as funções sacerdotais na cidade; era na casta sagrada que deveriam ser escolhidas, exclusivamente, as *vestais*, os *pontífices*, *sátios*, *flâmines* e *áugures*”¹⁵⁴, assim como os senadores e os cônsules¹⁵⁵.

Os séculos seguintes testemunharam grandes conflitos entre patrícios e plebeus, decorrentes das inúmeras exigências destes últimos nos campos social (fim da escravidão de cidadãos por dívidas e reforma agrária), jurídico (fim do privilégio dos patrícios quanto ao conhecimento do direito, mediante a codificação das leis), político (que permitiria não só o casamento misto entre patrícios e plebeus, mas o acesso destes às magistraturas e a elevação, ao nível de lei, das resoluções votadas

¹⁴⁹ PÉTRE-GRENOUILLEAOU, Olivier. A história da escravidão. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2009, pp. 30-1.

¹⁵⁰ Idem., 1134b, 15.

¹⁵¹ BITTAR, Eduardo C. B. Op. Cit., p. 127.

¹⁵² GIORDANI, Mário Curtis. Op. Cit., p. 249.

¹⁵³ KELLY, J. M. Op. Cit., p. 53.

¹⁵⁴ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2003, p. 235.

¹⁵⁵ Idem.

nas assembleias populares – os *plebiscitos*) e religioso (acesso aos colégios sacerdotais)¹⁵⁶.

Mas todas as conquistas obtidas pelos plebeus, durante a República, não foram suficientes para afastar a ambiguidade existente no sistema jurídico romano, quanto à aplicação do princípio da igualdade, uma vez que o sistema jurídico romano permaneceu contendo “uma grande gama de diferenciações formais de acordo com o *status*”¹⁵⁷.

O ideal da igualdade perante a lei não era de todo desconhecido pelos romanos, tendo Marco Túlio CÍCERO (106 a.C. – 43 a.C.) chegado a propor um código jurídico ideal, em que tal princípio fosse respeitado:

[...] Nossos antepassados forneceram uma regra admirável para o futuro: proibiram a promulgação de leis destinadas a indivíduos, sendo isso um *privilegium*. Pois o que é mais injusto do que tal lei? Ora, o sentido da própria ideia de lei é que ela é decretada e prescrita para todos.¹⁵⁸

Nada obstante tais palavras, CÍCERO também admitia que a existência de uma desigualdade natural entre as pessoas era necessária à boa regulação da comunidade política¹⁵⁹. A isonomia, assim, não residiria na obrigatoriedade de se tratarem a todos de forma igual, mas na imposição de tratamento jurídico igual às circunstâncias iguais¹⁶⁰, estas, por sua vez, atreladas ao ideal de mérito. Segundo o referido jurisconsulto:

[...] ninguém deveria sofrer exclusão, quando nele reluz algum brilho de honestidade. Cada qual deve se respeitado no mesmo grau em que se orna daquelas virtudes mais brandas tais como a modéstia, a temperança, sem omitir, evidentemente, a justiça da qual estamos a falar de há muito.¹⁶¹

Mas a mesma ambiguidade observada entre romanos e gregos quanto à igualdade não foi estranha à doutrina cristã primitiva. Embora embasados na ideia de que a igualdade entre os homens encontra no parentesco da humanidade com

¹⁵⁶ GIORDANI, Mário Curtis. História de Roma. Antiguidade Clássica II. 16ª ed., Petrópolis: Vozes, pp. 34-5.

¹⁵⁷ Idem., p. 92.

¹⁵⁸ CÍCERO, Marco Túlio. De legibus 3.19.44. *Apud* KELLY, J. M. Op. Cit., p. 94.

¹⁵⁹ KELLY, J. M. Op. Cit.

¹⁶⁰ Idem., p. 94.

¹⁶¹ CÍCERO, Marco Túlio. Os deveres. Tomo I. Trad. Luiz Feracine. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – 89, São Paulo: Escala, 2008, p. 73.

Cristo sua razão de ser¹⁶², os cristãos dos primeiros séculos de nossa era também admitiam que algumas pessoas estariam destinadas por Deus a se subordinarem aos outros¹⁶³. Como assevera KELLY, “os padres [...] desenvolveram uma teoria secundária, que qualificava a tese da igualdade natural do gênero humano para explicar e justificar a instituição da escravidão”¹⁶⁴, vendo-a como “a consequência da propensão do homem ao pecado”¹⁶⁵.

Segundo KELLY, “[a] teoria de que, em princípio, todos os seres humanos são iguais – sendo todos filhos de Deus – foi tão universal entre os autores da Baixa Idade Média como fora entre seus predecessores”¹⁶⁶, também padecendo da mesma ambiguidade anteriormente observada, quanto à instituição da escravidão ou a subordinação política¹⁶⁷, embora a primeira fosse gradualmente sendo abolida no norte da Europa, à exceção da Inglaterra¹⁶⁸.

Um pensamento filosófico mais refinado ressurgiu com São Tomás de Aquino, no século XIII, cujo trabalho intelectual culminou com sua obra prima, a *Summa Theológica*¹⁶⁹, na qual buscou dar continuidade à tradição aristotélica, dedicando-se ao estudo da justiça – considerada uma virtude, em que a alteridade e a igualdade se destacam. Em suas próprias palavras:

[...] Dentre as outras virtudes, é próprio à justiça ordenar os nossos actos que dizem respeito a outrem. Porquanto, implica uma certa igualdade, como o próprio nome o indica; pois, do que implica igualdade se diz, vulgarmente, que está ajustado. Ora, a igualdade supõe relação com outrem. Ao passo que as demais virtudes aperfeiçoam o homem só no referente ao próprio.¹⁷⁰

Como explica SALGADO, a ideia de alteridade advém do fato de “ter o homem de atender à sua vocação para o criador juntamente com os outros que

¹⁶² KELLY, J. M. Op. Cit., p. 136.

¹⁶³ Nesse sentido, KELLY aponta diversos pensadores medievais: São Gregório Magno, Jonas de Orleans, Rabano Mauro e Hincmar de Reims. Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem., p. 137.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Ibidem., p. 190.

¹⁶⁷ Ibidem., p. 191.

¹⁶⁸ Ibidem., p. 193.

¹⁶⁹ AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*, IIª Parte da IIª Parte, Q. LVII – LXXIX: Do Direito, Da Justiça e Das Suas Partes Integrantes, V. 14. Primeira Tradução Portuguesa, acompanhada do texto latino. Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Odeon, 1937.

¹⁷⁰ Idem., Q. LVII, I, p. 6.

também a procura realizar¹⁷¹. A justiça é composta pelos elementos essenciais a toda virtude: o hábito, o agir e o bem, que corresponde à igualdade para com os outros. A relação com outro se apresenta de dois modos distintos – entre pessoas singularmente consideradas ou em relação à própria comunidade. Daí a existência de duas espécies de justiça: uma geral e outra particular.

A justiça geral, legal ou social decorre do fato de “o próprio da lei é ordenar o homem para o bem como comum”¹⁷², atingindo os interesses particulares de forma apenas mediata¹⁷³. A justiça particular, por sua vez, tem por finalidade ordenar “imediatamente as relações que respeitam o bem dos particulares entre si”¹⁷⁴. Mas tal qual Aristóteles, São Tomás de Aquino reconhece que nas relações domésticas envolvendo a esposa, filhos e escravos, tem-se uma espécie distinta de justiça, denominada justiça econômica¹⁷⁵.

Quando a justiça particular regula as relações privadas entre indivíduos, recebe o nome de justiça comutativa; será chamada de justiça distributiva aquela que diz respeito à relação do indivíduo com o todo, cujo objeto for a distribuição dos bens comuns aos particulares¹⁷⁶.

Embora de forma diferenciada, a igualdade assume papel de destaque em ambas as espécies de justiça particular. Na justiça distributiva os bens comuns devem ser repartidos segundo uma proporção geométrica, conforme a “importância que cada um tiver na comunidade”¹⁷⁷, de acordo com um critério de mérito que não é absoluto, pois poderá variar conforme o tipo de sociedade existente¹⁷⁸. Na justiça comutativa, por sua vez, a repartição dos bens entre particulares segue uma proporção aritmética, prevalecendo uma igualdade não proporcional, mas quantitativa¹⁷⁹, “que proíbe o roubo, a fraude, a calúnia e obriga a restituir o que foi furtado”¹⁸⁰.

¹⁷¹ SALGADO, Joaquim Carlos. Op. Cit., p. 61.

¹⁷² AQUINO, São Tomás de. Op. Cit., Q. LVIII, V, p. 29.

¹⁷³ Idem., Q. LVIII, VII, p. 29.

¹⁷⁴ Ibidem., Q. LVIII, VII, p. 35.

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ Ibidem., Q. LXI, I, pp. 77-8.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Ibidem., Q. LXI, II, p. 79.

¹⁷⁹ Ibidem., Q. LXI, II, p. 80.

¹⁸⁰ FARAGO, France. La justice. Trad. Maria José Pontieri. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 118.

Essas diferentes visões do que vem a ser a igualdade decorrem da diversidade das relações existentes entre particulares e aquelas vinculadas à própria estruturação da sociedade, pois como explica France FARAGO, é inerente a toda sociedade estruturalmente hierarquizada que seus membros ocupem posições desiguais entre si¹⁸¹.

Como lembrado por KELLY, mesmo durante o período final da Idade Média e nos períodos que se sucederam, abrangendo o Renascimento e a Reforma Protestante (1350-1600), a Europa ainda não havia resolvido de forma satisfatória a contradição existente entre o ensinamento cristão da igualdade entre os seres humanos e as desigualdades visíveis na prática, razão pela qual “a mente europeia ainda elabora[va] fórmulas para dar uma base lógica e moral aos três aspectos principais da desigualdade”¹⁸². Prevaleceria, segundo o referido o autor, o entendimento segundo o qual:

[...] seu consentimento implícito ou a ordem de Deus explicavam suficientemente a subordinação que modificava a igualdade natural dos homens. No final dessa época, Hooker combinou ambas as abordagens: ‘O poder legítimo de fazer leis para comandar toda uma sociedade política humana’, ele escreveu, é dado por Deus ou pelos súditos.¹⁸³

O modelo de pensamento que admitia a desigualdade natural dos seres humanos, proclamada por Platão e Aristóteles, e que encontrou respaldo em Santo Tomás de Aquino, entrou em declínio em grande parte por influência do pensamento de Thomas HOBBS, que ousou afirmar que entre os homens o natural é a igualdade, e que a desigualdade é constituída com a formação do Estado¹⁸⁴. Mas essa desigualdade em si não é ruim, uma vez que na ausência de um poder soberano prosperava uma condição de guerra de todos contra todos¹⁸⁵.

Outro pensador que influenciou aquele período foi John LOCKE, que embora compartilhasse da visão de HOBBS sobre a igualdade entre os homens no estado na natureza, entendia que o estado de beligerância seria apenas uma possibilidade,

¹⁸¹ Idem., p. 121.

¹⁸² KELLY, J. M. Op. Cit., p. 249.

¹⁸³ KELLY, J. M. Op. Cit., p. 251.

¹⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit.

¹⁸⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 74.

pois o estado de natureza tendia a ser pacífico, vivendo os homens em um estado de liberdade que, por sua vez, representaria um estado de perfeita igualdade¹⁸⁶.

Jean Jacques ROUSSEAU compartilhava da tese contratualista de HOBBS e LOCKE, mas diferentes destes, entendia que um estado de guerra permanente exigiria dos homens, no estado da natureza, capacidades cognitivas e conhecimentos ainda não desenvolvidos, porquanto historicamente construídas. Não apenas o desejo de autopreservação norteavam as ações humanas, mas também a piedade, que corresponderia a um estágio primitivo de felicidade, a ser recuperada com o contrato social. Segundo Cármen Lúcia Antunes ROCHA, o pensamento rousseauiano enxergava a igualdade dos homens como sendo “fruto de sua mesma condição humana e somente se diversifica quanto a condições físicas ou psíquicas sendo outras desigualações decisões políticas que se mantém pelo interesse de alguns”¹⁸⁷.

Essa nova visão, a rigor já presente durante a Revolução Gloriosa Inglesa (1688-1689), contribuiu de forma decisiva para as grandes revoluções que marcaram o século XVIII: a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789). Isso porque, de acordo com KELLY, tanto a Declaração de Independência americana quanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão compartilhavam o ideal de que os homens foram criados livres e iguais, sendo detentores de direitos inalienáveis, cuja segurança e manutenção é a principal função dos governos, criados mediante consentimento do povo¹⁸⁸.

Novamente, contudo, a declaração de igualdade dos homens era marcada pela ambiguidade, pois tanto nos EUA quanto nas Colônias francesas a escravidão continuou sendo uma realidade a demonstrar que, nas palavras de José Adércio Leite SAMPAIO – ditas em relação ao contexto francês, mas também plenamente aplicáveis aos norte-americanos –, “a igualdade e a fraternidade não eram nem de, nem para todos”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 23.

¹⁸⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 31.

¹⁸⁸ KELLY, J.M. Op. Cit., p. 254.

¹⁸⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 27.

2.3. A igualdade e suas dimensões

Sustenta Fábio Konder COMPARATO que o fim do Antigo Regime na Europa foi seguido da instalação de um Estado Liberal-Burguês que, conquanto marcado pela afirmação da igualdade de todos perante a lei e na abolição dos privilégios de origem estamental, foi responsável pelo agravamento das desigualdades materiais¹⁹⁰.

Daniel SARMENTO compartilha dessa visão, ao afirmar que tal igualdade se revestia de um caráter meramente formal, pois ela:

[...] fechava os seus olhos para a injustiça e a opressão presentes na vida social. Na sua abstração, ela permitia a circulação dos bens entre os proprietários, mas não se propunha a modificar o status quo de profunda assimetria social existente, coonestando, com seu silêncio, a opressão dos mais fortes sobre os mais fracos. [...] Assim, pode-se dizer que no Estado Liberal-Burguês, como na Fazenda dos Bichos de George Orwell, todos eram iguais, mas alguns eram mais iguais do que os outros.¹⁹¹

O século XX e suas duas grandes guerras (1914-18 e 1939-45), segundo KELLY, “foram decisivas para subverter definitivamente tudo o que restava das regalias medievais”¹⁹², encerrando definitivamente o *laissez-faire* que marcou o século XIX. O intervencionismo estatal, até então restrito a assegurar determinados padrões sociais mínimos, passa a se expandir de forma exponencial, espalhando-se por todos os aspectos da vida, naquilo que ficou conhecido como “Estado do bem-estar social”¹⁹³.

Como será visto mais adiante, esse período de transformações de ordem político-social não se restringiu à Europa, tendo alcançado também várias de suas colônias espalhadas pelo mundo, tais como Índia, Malásia e Sri Lanka, nas quais questões concernentes às desigualdades existentes entre diversos grupos étnicos assumiram grande relevância. Essas transformações ocorreram, segundo

¹⁹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 226.

¹⁹¹ SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 145-6.

¹⁹² KELLY, J. M. Op. Cit., p. 464.

¹⁹³ Idem., p. 465.

SARMENTO, porque “o discurso hegemônico da igualdade no *WelfareState* padecia de certa insensibilidade em relação aos direitos das minorias”¹⁹⁴, na medida em que:

[...] A ênfase predominante na dimensão econômica da igualdade, tributária do pensamento marxista, acabava relegando a um plano secundário as demandas por reconhecimento de certos grupos portadores de uma identidade própria. A promoção da igualdade era muitas vezes confundida com a imposição de homogeneidade, desprezando-se a necessidade de afirmação da diferença cultural, como condição de sobrevivência de determinados grupos étnicos ou sociais mais vulneráveis.¹⁹⁵

É necessário anotar que, conquanto mais de dois milênios tenham se passado desde Aristóteles, e não obstante a inegável valorização do ideal da igualdade, para além do discurso formal acerca de sua importância, exsurge de forma essencial a necessidade de se fixar qual é, efetivamente, o conteúdo jurídico dessa igualdade.

A necessidade de enfrentamento dessa questão toma maior vulto diante da constatação formulada por SARMENTO de que, ao cair das luzes do Século XX e a aurora deste novo milênio, “a preocupação com o direito à diferença incorpora-se definitivamente ao discurso da igualdade”¹⁹⁶.

Feitas as considerações introdutórias, pode-se afirmar que a igualdade como um princípio jurídico surge pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁹⁷, sendo a partir de então amplamente reproduzida pelos textos constitucionais modernos¹⁹⁸, ocupando, ainda, a primazia do catálogo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948¹⁹⁹.

Esses textos jurídicos apresentam a igualdade em sua dimensão negativa ou formal, que expressa apenas uma proibição genérica à discriminação indevida, representando, na dicção de Chaïm PERELMAN, “um princípio de ação segundo o

¹⁹⁴ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 145.

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 146.

¹⁹⁷ “Art. 1º. Os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”.

¹⁹⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes[...]”.

¹⁹⁹ “Art. I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma²⁰⁰. Daí afirmar o mencionado autor que:

[...] Essa definição não diz nem quando dois seres fazem parte de uma categoria essencial nem como é preciso trata-los. Sabemos que cumpre tratar esses seres não desta ou daquela forma, mas de forma igual, de sorte que não se possa dizer que se desfavoreceu um deles em relação ao outro. Sabemos também que um tratamento igual só deve ser reservado aos seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial.²⁰¹

SILVA alerta que essa espécie de igualdade jurídico-formal não deve prevalecer, pois é produto de uma sociedade liberal relativamente homogênea amparada em uma visão individualista de mundo que desconsidera as diferenças entre os vários grupos sociais²⁰². Isso porque a igualdade ou a desigualdade entre as pessoas somente pode ser medida a partir de determinados aspectos tomados em consideração pela lei, que:

[...] não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os 'iguais' podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como "essenciais" ou "relevantes", certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas,²⁰³

Mas também há a dimensão positiva ou material, cujo escopo é fornecer instrumentos capazes de promover uma igualdade concreta entre os homens, em especial aos mais desfavorecidos social e economicamente, mediante a definição prévia de qual ou quais são aquelas categorias essenciais que deverão ser levadas em conta na administração da justiça.

Esse conceito de igualdade material ou substancial apresenta-se como um produto do Estado Social, buscando dar à concepção de igualdade uma dimensão mais concreta, capaz de assegurar, segundo SARMENTO, "uma atuação mais ativa dos poderes públicos, voltada para a garantia de condições mínimas de vida para

²⁰⁰ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2ª ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19.

²⁰¹ Idem.

²⁰² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 214.

²⁰³ Idem., p. 216.

todos”²⁰⁴. Ressalva o autor, contudo, que os desafios observados a partir da virada do milênio impõem que, afastando-se do discurso hegemônico típico dos Estados Sociais, dê-se atenção às demandas daqueles grupos sociais portadores de identidade própria²⁰⁵. Ou no dizer de Flávia PIOVESAN:

[...] do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérico e abstratamente considerado, mas ao indivíduo “especificado”, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.²⁰⁶

É possível observar que essas duas dimensões do princípio da igualdade estabelecem entre si uma relação em que a igualdade formal apresenta-se no plano normativo, abstrato, enquanto a igualdade material deve corresponder a uma situação a ser concretizada na realidade dos fatos. Nesse sentido, procede a conclusão formulada por SILVA, de que ao menos na doutrina e na jurisprudência brasileiras já se mostra superada a clássica separação entre o que seria a “igualdade na lei” (destinada ao legislador, que deveria levar em consideração a igualdade no momento de elaboração das leis) e a “igualdade perante a lei” (obrigação de aplicar a lei a todos, sem discriminações), hoje consideradas sinônimas²⁰⁷.

É certo que a dimensão positiva ou material da igualdade se apresenta por meio de textos normativos cuja especificidade tende a ser maior do que aquela atribuída ao enunciado da igualdade formal; ainda assim, aqueles textos apresentam uma irremediável abstração inerente a toda e qualquer norma jurídica, cuja concretização sempre estará vinculada a um processo de interpretação-aplicação. Esse processo interpretativo é sintetizado por Marcelo NEVES, ao afirmar que:

[...] Diante de uma disposição normativa, cabe indagar qual(is) a(s) norma(s) ou o(s) significado(s) normativo(s) lhe pode(m) ou deve(m) ser atribuído(s). Mediante o enunciado normativo (ou interpretativo) atribui(em)-se

²⁰⁴ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 144..

²⁰⁵ Idem., p. 145.

²⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 130. *Apud* GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 5.

²⁰⁷ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 215.

determinado(s) significado(s) normativo(s) ou norma(s) à disposição normativa. Entretanto, novamente, podem-se indagar quais significados normativos ou normas foram atribuídos à disposição por meio do enunciado normativo (ou interpretativo), ou seja, qual proposição normativa (interpretativa) foi expressa através deste. Essa situação não é linear, na forma de metalinguagem e linguagem-objeto, implicando antes uma circularidade na cadeia de dação do sentido comunicativamente processado.²⁰⁸

Para que esse processo de atribuição de sentido ao texto normativo efetivamente resulte na concretização no mundo real daquela igualdade meramente formal, entretanto, é preciso que seja apresentado ao intérprete critérios por meio dos quais ele possa mensurar se dada desigualdade pode ser considerada justa ou não. A tentativa de se discutir a igualdade a partir de conceitos vagos e abstratos está fadado ao fracasso, pois como assevera Norberto BOBBIO, qualquer discurso acerca da igualdade obrigatoriamente deverá responder à seguinte questão: “Igualdade, sim, mas entre quem, em relação a que e com base em quais critérios?”²⁰⁹.

É a combinação das três variáveis existentes nessa indagação (sujeito, objeto e critério de repartição) que torna possível definir em determinada situação quem são os iguais e os desiguais, e a quem deverão ser atribuídos certos direitos ou deveres em relação a outros²¹⁰. A partir dessa afirmação, conclui-se que o problema envolvendo a concretização do princípio da igualdade passa, necessariamente, pela equalização das várias opiniões, contraditórias muitas vezes, sobre como definir aquelas três variáveis.

Como explica BOBBIO, a escolha de um determinado critério de discrimen “deve-se a juízos de valor dificilmente comparáveis entre si e sobre os quais é difícil pôr-se de acordo”²¹¹. Daí o questionamento do mencionado autor de como definir qual, afinal, seriam as semelhanças ou diferenças relevantes. Isso porque:

[...] Na escolha de um critério em vez de outro, entram nesses casos juízos de valor que, além de não serem passíveis de demonstração, e sustentáveis apenas através de argumentos a favor ou contra, são também

²⁰⁸ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, pp. 2-3.

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela BeccacciaVersiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, 9ª impressão, p. 298.

²¹⁰ Idem., p. 315.

²¹¹ Ibidem., p. 316.

historicamente mutáveis, tanto que sobre a sua enunciação se dividem aqueles que são em geral contra a mudança (os conservadores) e aqueles que a aceitam (os progressistas).²¹²

A ideia de que a concretização de uma igualdade material pressupõe a combinação daquelas variáveis também é presente no pensamento de Robert ALEXY. Para ele, tais variáveis devem ser submetidas a um processo de valoração que permita diferenciar as pessoas e situações iguais daquelas outras desiguais. Isso porque:

Como não existe uma igualdade ou uma desigualdade em relação a todos os aspectos (igualdade/desigualdade fática universal) entre indivíduos e situações humanas, e visto que uma igualdade (desigualdade) fática parcial em relação a algum aspecto qualquer não é suficiente como condição de aplicação da fórmula, então, ela só pode dizer respeito a uma coisa: à igualdade e à desigualdade valorativa.²¹³

Ainda segundo ALEXY, para que uma determinada ordem jurídica possa admitir tal processo de diferenciação, faz-se necessário que a igualdade/desigualdade seja relativizada “em relação às igualdades (desigualdades) fáticas parciais”²¹⁴, assim como “em relação a determinados tratamentos, pois, se não fosse assim, não seria possível explicar por que duas pessoas que, em um aspecto, devem ser tratadas de forma igual não são assim tratadas sob todos os aspectos”²¹⁵. Tão importante quanto essas duas relativizações é, de acordo com ALEXY, a fixação de um critério de valoração que permita saber “o que é valorativamente igual e desigual”²¹⁶, diante da ausência de densidade normativa do tradicional enunciado “o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente”. Daí afirmar o autor que o problema principal desse enunciado:

[...] pode ser expressado por meio de duas questões intimamente relacionadas. A primeira: se e em que medida os necessários juízos de valor no âmbito do enunciado de igualdade são passíveis de fundamentação racional; a segunda: no sistema jurídico, a quem compete –

²¹² Ibidem.

²¹³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 400.

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Ibidem.

ao legislador ou ao juiz constitucional – decidir de forma vinculante em última instância acerca desses juízos de valor.²¹⁷

As dificuldades acima apontadas à concretização do princípio da igualdade não são estranhas à doutrina brasileira. San Tiago DANTAS, na primeira metade do século XX, já se referia à necessidade de fixação de critérios pelos quais se pudessem identificar leis especiais de natureza arbitrária, frutos do capricho ou absurdo imposto pelo legislador em determinados casos concretos²¹⁸. É nesse contexto que, segundo o referido autor, emergem as seguintes indagações:

- 1.^a, qual o critério técnico - jurídico que nos permite distinguir a lei arbitrária da lei especial justificada?
- 2.^a, admitindo que exista tal critério, pode êle funcionar praticamente, autorizando o Poder Judiciário a recusar aplicação à lei arbitrária?²¹⁹

A questão envolvendo a concretização do princípio da igualdade distancia-se da utopia de uma sociedade absolutamente homogênea em direção a uma visão mais pragmática que reconhece, diante de determinadas circunstâncias, que a lei é autorizada a se afastar de seu caráter universal a fim de criar distinções específicas entre os cidadãos, haja vista que os indivíduos não são naturalmente iguais. Como afirma San Tiago DANTAS:

Os homens são desiguais na sociedade e na natureza, tanto quanto as coisas, os lugares, os fatos e as circunstâncias. O princípio da igualdade jurídica não traduz, no campo do direito – como uma opinião atrasada ou tendenciosa quer fazer crer – o desconhecimento dessa desigualdade natural. É antes um esforço para balanceá-la, compensando o jôgo das inferioridades e superioridades de modo que elas não favoreçam também uma desigual proteção jurídica, pois é certo que os ônus e as recompensas, o bom e o mau êxito, acompanharão com maior ou menor regularidade as variações naturais, mas não é desejável que fique sob a mesma influência a distribuição da Justiça²²⁰

²¹⁷ Ibidem.

²¹⁸ DANTAS, F.C. de San Tiago. Igualdade perante a Lei e *dueprocessoflaw*: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. Revista Forense, v. 116, p. 357-67, Rio de Janeiro, 1948. In Problemas de direito positivo: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 38 – 64. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_32/panteao.htm>, acessado em 3/10/12.

²¹⁹ Idem.

²²⁰ Ibidem.

De fato, como assevera Luís Roberto BARROSO, “legislar consiste, inegavelmente, em discriminar situações e classificar à luz dos mais diversos critérios”²²¹, pois:

[...] a própria Constituição desequipara as pessoas com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional, nacionalidade, dentre outros. Assim, ao contrário do que se poderia supor à vista da literalidade da matriz constitucional da isonomia, o princípio, em muitas de suas incidências, não apenas não veda o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como, ao contrário, impõe o tratamento desigual.²²²

Nada obstante essa conclusão, o referido constitucionalista reconhece que alguns fatores – origem, raça, sexo, cor e idade –, se não proibidos, são expressamente desaprovados pela Constituição²²³, sendo considerados *suspeitos*, de modo que sua “utilização traz uma forte possibilidade de inconstitucionalidade”²²⁴.

Outro não é o entendimento de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, ao afirmar que “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”²²⁵, não residindo aí a eventual ofensa ao princípio da igualdade, mas na escolha de desequiparações fortuitas ou injustificadas, baseadas em critérios arbitrários²²⁶. Ou ainda, nas precisas palavras de ROCHA, tanto “o conceito de princípio jurídico da igualdade quanto o da discricionariedade obedecem a uma exclusão da arbitrariedade. Igualação jurídica não pode ser arbítrio, como não o é a discricionariedade”²²⁷.

Importante ainda é o alerta de H. L. A. HART, segundo o qual a adoção de determinados critérios de *discrimen* está sujeita a influências de caráter subjetivo, variando “conforme a perspectiva moral básica de determinado indivíduo ou sociedade”²²⁸, hipótese em que “as avaliações sobre a justiça ou injustiça do direito

²²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 248-9.

²²² *Idem.*, p. 249.

²²³ BRASIL. Constituição Federal de 1988: “Artigo 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 250;

²²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., atual. 17ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 17.

²²⁶ *Idem.*, p. 18.

²²⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 43.

²²⁸ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito org. por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. RevTrad. Marcelo Bransão Cipolla. RevTec. Luiz Vergílio Della-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 211.

podem encontrar contra-argumentos inspirados em uma moral diferente²²⁹, passíveis de serem afastados a partir de uma “reflexão sobre os objetivos que se admite devam ser alcançados por determinada lei, [capaz de] tornar claras as semelhanças e diferenças que uma lei justa deveria reconhecer”²³⁰.

Nesse contexto, conclui-se que o respeito à igualdade impõe que toda e qualquer medida que em princípio importe em um tratamento não isonômico passe por um teste de razoabilidade e proporcionalidade.

2.4. Parâmetros de controle dos critérios legais de discriminação

2.4.1. Considerações gerais

Gilmar Ferreira MENDES afirma, com razão, ser “possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno”²³¹, na medida em que demanda aferir a adequação e a necessidade de um ato legislativo²³², o que, todavia, não corresponde à investigação dos motivos internos da vontade legislativa ou da finalidade da lei – mérito do ato legislativo –, mas dos limites impostos pela Constituição ao poder de conformação outorgado ao legislador²³³.

Segundo MENDES, típica manifestação do excesso de poder legislativo é “a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso [...], que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”²³⁴.

²²⁹ Idem.

²³⁰ Ibidem.

²³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46.

²³² Idem.

²³³ Ibidem., p. 47.

²³⁴ Ibidem.

É interessante notar que a utilização desses conceitos como sinônimos – *excesso de poder e princípio da proporcionalidade* – é um bom exemplo do debate mencionado por Carlos Roberto Siqueira CASTRO acerca da eventual fungibilidade da proporcionalidade, de formulação germânica, com a razoabilidade, de matriz anglo-saxônica²³⁵.

É nesse contexto que Humberto ÁVILA defende a necessidade de diferenciar tais institutos – *proibição de excesso, proporcionalidade e razoabilidade* – não apenas para assegurar maior rigor no uso da linguagem, mas também como forma de se buscar maior clareza e coerência na fundamentação de seu uso²³⁶. Isso porque:

Ao deixar de diferenciar a proporcionalidade da razoabilidade e da proibição de excesso, a doutrina esquece-se de que esses postulados (metanormas de aplicação de outras no caso de experiências conflituosas ou recalcitrantes ocorridas no plano concreto e da eficácia) servem de parâmetro para relacionar elementos diferentes em situações distintas. O exame concreto que se faz quando à colisão entre dois princípios com base numa relação de meio e fim não é o mesmo que se faz quando ocorre uma incompatibilidade entre uma regra geral e um caso excepcional. As justificações são diferentes e – eis o grande ponto – podem levar a resultados diferentes.²³⁷

Para ÁVILA, tal diferenciação também se mostra necessária porque os exames de razoabilidade, proporcionalidade e excessividade da norma ou ato “não podem ser confundidos, pois envolvem elementos distintos relacionados com parâmetros diversos”²³⁸, ou, de outra forma, “o problema não está em usar uma palavra para três fenômenos, mas não perceber que há três fenômenos diferentes para analisar”²³⁹. E prossegue:

Isso demonstra que esses exames investigam o modo como devem ser aplicadas outras normas, quer estabelecendo os critérios, quer estabelecendo as medidas. De qualquer forma, as exigências decorrentes da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso vertem sobre outras normas não, porém, para atribuir-lhes sentido, mas par

²³⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 202-3.

²³⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 179.

²³⁷ Idem., p. 178.

²³⁸ Ibidem., p. 180.

²³⁹ Ibidem.

estruturar racionalmente sua aplicação. Sempre há outra norma por trás da aplicação da razoabilidade, da proporcionalidade e da excessividade.²⁴⁰

Nada obstante a relevância do debate acima narrado, ele não corresponde ao objeto do presente trabalho, sendo conveniente consignar apenas que, nas palavras de CASTRO:

Seja como for, quer se fale de proporcionalidade, ou de razoabilidade, certo é que tais princípios decorrem do imperativo de que os atos intersubjetivos, no campo público ou privado, se coadunem com a noção de um direito justo ou da justa medida no regramento das relações intersubjetivas ou no arbitramento das situações de conflito.²⁴¹

Assim, para fins metodológicos, será utilizada a obra de ÁVILA como marco teórico para o exame da *proibição de excesso*, da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, fazendo-se, quando necessário, ressalvas a outros pontos de vista doutrinários.

2.4.2. A proibição de excesso

Esse postulado²⁴² tem por finalidade proibir a restrição excessiva de um direito fundamental, capaz de retirar-lhe um mínimo de eficácia, devendo ser investigado separadamente do postulado da proporcionalidade, pois é irrelevante questionar a necessidade das medidas adotadas pelo Poder Público, a legitimidade dos fins pretendidos ou mesmo a existência de uma relação de causalidade entre meio e fim²⁴³.

Tem-se, assim, que malgrado seja inerente à atividade legiferante o estabelecimento de restrições a direito, liberdade ou garantia fundamental,

²⁴⁰ Ibidem.

²⁴¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op. Cit., p. 214.

²⁴² ÁVILA utiliza-se do termo *postulado* ao fundamento de que este transmite a ideia de “uma norma que estrutura a aplicação de outras”. Op. Cit., p. 181.

²⁴³ Idem., pp. 147-48.

estesjamais poderão ter atingidos seu núcleo essencial²⁴⁴, sob o risco de ocorrer um processo de dessubstancialização da Constituição²⁴⁵.

Especificamente no que diz respeito à concretização do princípio da igualdade, tal excesso poderia ser observado, como mencionado por BANDEIRA DE MELLO, acaso os fatores suspeitos indicados no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, fossem utilizados “gratuitamente como *ratio* fundamentadora de discriminem”²⁴⁶.

2.4.3. A razoabilidade

Diante dos inúmeros sentidos atribuídos à *razoabilidade*, afirma ÁVILA ser possível destacar na jurisprudência dos Tribunais Superiores três acepções em especial, a saber: a razoabilidade como equidade; como congruência e como equivalência²⁴⁷.

A razoabilidade como equidade impõe que dada norma geral se harmonize com as individualidades do caso concreto, “quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral”²⁴⁸. Ela pode atuar “como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade”²⁴⁹, impondo a escolha de uma determinada interpretação “como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente subjacentes”²⁵⁰. Por sua vez, também pode voltar-se ao exame de situações individuais às quais não devem ser aplicadas dada regra genérica, uma vez que ela “é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições

²⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.458.

²⁴⁵ RODRIGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. Analisis del contenido esencial de los derechos fundamentales. Granada: Editorial Comares, 1996, pp. 74 e seg.

²⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 18.

²⁴⁷ ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 154.

²⁴⁸ Idem, p. 154.

²⁴⁹ Ibidem, p. 155.

²⁵⁰ Ibidem.

são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária”²⁵¹.

Assim, a razoabilidade como equidade corresponde a um instrumento metodológico cuja finalidade é:

[...] demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (“Preâmbulo” e art. 3º da CF).²⁵²

A razoabilidade como congruência “exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”²⁵³. Para tanto, toda medida legislativa ou governamental deve se vincular a um suporte empírico existente, ou seja, não pode ter por causa para a ação estatal algo inexistente ou insuficiente; da mesma forma, tais medidas não podem se embasar em razões arbitrárias ou na desconsideração de procedimentos institucionais. Nas palavras de ÁVILA:

[...] A interpretação das normas exige o confronto com parâmetros externos a elas. Daí se falar em dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas (Natur der Sache). Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) impedem a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados. Desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal.²⁵⁴

Ressalta ÁVILA o fato de que a existência desse suporte empírico não se limita ao momento em que dada norma é criada, porquanto caracteriza verdadeira condição *sine qua non* para sua manutenção.

A razoabilidade como congruência impõe, ainda, a existência de “uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada”²⁵⁵. Não se está a falar em uma relação de natureza finalística, mas entre critério e medida, cuja justificativa estaria amparada nos princípios constitucionais no Estado de Direito (art. 1º), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e à eficácia do

²⁵¹ Ibidem., p. 156.

²⁵² Ibidem., p. 157.

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ Ibidem., p. 158.

²⁵⁵ ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 159.

princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), “que impede a utilização de critérios distintivos inadequados”²⁵⁶.

Nesse contexto amolda-se com perfeição o pensamento de BANDEIRA DE MELLO, no sentido de que o critério de desigualdade a ser utilizado deve estar diretamente relacionado à pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, sem que isso importe na singularização do destinatário. Em outras palavras, a hipótese de desigualação, além de se direcionar a um sujeito indeterminado e indeterminável do presente, deve ser suscetível de reprodução em momento futuro²⁵⁷.

Mencionado critério guarda pertinência com o princípio da proibição geral de arbítrio, cujo escopo é vedar a imposição de restrições casuísticas ou arbitrárias aos indivíduos. Segundo o magistério de J. J. Gomes CANOTILHO, “o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária”²⁵⁸, sendo certo que a simples proibição de arbítrio mostra-se insuficiente se, em seu enunciado normativo-material, não estiver atrelado a:

[...] critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objectivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.²⁵⁹

De acordo com o jurista português, o princípio da proibição do arbítrio impõe o que ele denominou de *problema de valoração*, na medida em que se torna essencial a existência de critérios de qualificação e elementos de comparação, que, por sua vez, implicam:

[...] (1) a insuficiência do “arbítrio” como fundamento adequado de “valoração” e de “comparação”; (2) a imprescindibilidade da análise da “natureza”, do “peso”, dos “fundamentos” ou “motivos” justificadores de soluções diferenciadas; (3) insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas “defensiva” ou “negativa”.²⁶⁰

²⁵⁶ Ibidem., p. 160.

²⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., pp. 23-5.

²⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 428.

²⁵⁹ Idem.

²⁶⁰ Ibidem., p. 429.

Retornando ao pensamento de BANDEIRA DE MELLO, a eventual inviabilidade de reprodução do critério de desigualdade pode ser constatada tanto em um nível lógico quanto material. No primeiro nível ela se apresenta sempre que se estiver diante de uma situação atual impossível de ser reproduzida em razão de limitações constantes do próprio enunciado da norma. No segundo, embora a reprodução da hipótese normativa seja possível, seu alto grau de particularismo torna-a extremamente improvável²⁶¹. E prossegue o autor:

Trata-se, então, de saber se a regra questionada deixa portas abertas à eventual incidência futura sobre outros destinatários inexistente à época de sua edição, ou se, de revés, cifra-se quer ostensiva quer sub-repticiamente apenas a um destinatário atual. Neste último caso é que haveria quebra do preceito igualitário.²⁶²

O requisito ao qual se reporta BANDEIRA DE MELLO diz respeito ao princípio mencionado por CANOTILHO, da proibição de leis de natureza individual e concreta, restritivas de direitos, liberdades e garantias. Segundo o jurista português:

[...] As razões materiais desta proibição sintetizam-se da seguinte forma: (a) as leis particulares (individuais e concretas) de natureza restritiva violam o princípio material da igualdade, agredindo em termos materialmente desiguais os direitos, liberdades e garantias; (b) as leis individuais e concretas restritivas de direitos, liberdades e garantias representam a manipulação da forma da lei pelos órgãos legislativos ao praticarem um acto administrativo individual e concreto sob as vestes legais (os autores discutem a existência, neste caso, de abuso de poder legislativo e violação do princípio da separação dos poderes); (c) as leis individuais e concretas não contêm uma normatização dos pressupostos da limitação expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a proteção da confiança nem alternativas de acção e racionalidade de actuação.²⁶³

Na busca por critérios lógicos para se definir um fator de *discrímen*, mostra-se de extrema relevância a utilização do conceito de demarcação de Karl Raimund POPPER, justamente por ter como escopo a tentativa de estabelecer um critério que permita distinguir as teorias científicas da metafísica e/ou da pseudociência²⁶⁴.

²⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 25.

²⁶² Ibidem.

²⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 454.

²⁶⁴ POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 35.

Para ele, o que define o *status* científico de uma teoria é sua capacidade de ser refutada ou testada. É a falseabilidade de um dado sistema científico que deve ser tomado como critério de demarcação, de sorte “que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico”²⁶⁵. O teste de falseabilidade, por sua vez, consiste na adoção de certos enunciados básicos passíveis de serem reproduzidos e capazes de contradizer uma dada teoria²⁶⁶.

Especial atenção deve ser dada à distinção entre o que POPPER chamou de “nossas experiências subjetivas ou nosso sentimento de convicção, que jamais podem justificar qualquer enunciado [...] e, de outra parte, as relações lógicas objetivas”²⁶⁷. Defende o autor, amparado na concepção kantiana, que “a objetividade dos enunciados científicos reside na circunstância de eles poderem ser intersubjetivamente submetidos a teste”, enquanto a subjetividade vincula-se “a nossos sentimentos de convicção”²⁶⁸. As experiências ou “percepções” pessoais, dessa forma, não se mostram adequadas ao experimento científico, dada à impossibilidade de lhes aplicar qualquer teste de falseabilidade. E prossegue:

[...] Ao exigir objetividade para os enunciados básicos, assim como para outros enunciados científicos, afastamos quaisquer meios lógicos por via dos quais poderíamos esperar reduzir a verdade dos enunciados científicos a experiências pessoais. Mais ainda, impedimo-nos de outorgar qualquer status favorável a enunciados que descrevam experiências, tais como os que descrevem nossas percepções (e que são, por vezes, denominados “sentenças protocolares”). Em ciência eles só podem ocorrer como enunciados psicológicos, ou seja, como hipóteses de um tipo cujos padrões de teste intersubjetivo (considerando o estado atual da Psicologia) não são, por certo, muito elevados.²⁶⁹

Essa questão envolvendo a possibilidade, ou não, de utilização de percepções pessoais na definição de enunciados científicos será de grande valia quando formos examinar a constitucionalidade das políticas afirmativas de viés racial brasileiras.

²⁶⁵ Idem., p. 42.

²⁶⁶ Ibidem, p. 91.

²⁶⁷ Ibidem., p. 46.

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ Ibidem, p. 49.

Retornado à questão da razoabilidade, tem-se, por fim, aquela denominada por ÁVILA de razoabilidade como equivalência, existente entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, evitando-se qualquer espécie de excesso²⁷⁰. Isso significa dizer que não há “qualquer relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, como é o caso da aplicação do postulado da proporcionalidade”, mas sim “uma relação de correspondência entre duas grandezas”²⁷¹.

2.4.4. A proporcionalidade

A proporcionalidade constitui, para ÁVILA, um postulado interpretativo cuja finalidade é estruturar a aplicação dos princípios, como forma de combater a prática de atos arbitrários²⁷². Tal entendimento encontra respaldo no pensamento de Eros Roberto GRAU, para quem a proporcionalidade – e também a razoabilidade – caracteriza-se como “uma condição formal de existência de toda e qualquer norma, bem como seu conhecimento e condição para a sua aplicação”²⁷³.

No exame da proporcionalidade leva-se em consideração a relação de causalidade entre meio e fim, de modo que restará ele infringido quando constatado a existência de outras medidas menos lesivas. Para tanto, faz-se necessário que os meios possam ser bem definidos e os fins, assim considerados o resultado concreto ambicionado de natureza extrajurídica, possuam contornos bem determinados. Isso porque:

[...] Para estruturar a aplicação do postulado da proporcionalidade é indispensável a determinação progressiva do fim. Um fim vago e indeterminado pouco permite verificar se ele é, ou não, gradualmente promovido pela adoção de um meio. Mais do que isso, dependendo da determinação do fim, os próprios exames se modificam; uma medida pode ser adequada, ou não, em função da própria determinabilidade do fim.²⁷⁴

²⁷⁰ ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 160.

²⁷¹ Idem., p. 163.

²⁷² Ibidem., pp. 163-4.

²⁷³ GRAU, Eros Roberto. Roberto. A interpretação/aplicação do direito. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.181.

²⁷⁴ ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 165.

Outro aspecto vinculado à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade diz respeito à distinção entre *fins internos* e *fins externos* do Direito. Os primeiros estabelecem “um resultado a ser alcançado que reside na própria pessoa ou situação objeto de comparação e diferenciação”²⁷⁵, para o qual se exige apenas “um exame de correspondência”²⁷⁶. Os segundos representam uma dimensão extrajurídica, pois se vinculam às finalidades atribuídas pelo próprio Estado. Em razão disso:

[...] Os fins externos são aqueles que podem ser empiricamente dimensionados, de tal sorte que se possa dizer que determinada medida seja meio para atingir determinado fim (relação causal). Os fins sociais e econômicos podem ser qualificados de fins externos, como o são a praticabilidade administrativa, o planejamento econômico específico, a proteção ambiental. Enquanto houver um fim específico a ser atingido pode-se considerar o meio como causa da realização do fim. Nessa hipótese o exame admite o controle de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.²⁷⁷

A presença desses elementos – *meio, fim e relação de causalidade* –, é essencial à realização do que ÁVILA chama de “três exames fundamentais”, a saber:

[...] o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).²⁷⁸

A ideia de adequação está diretamente relacionada à eficácia. Será eficaz o meio que se mostrar mais adequado à concretização de um dado fim. Para a boa compreensão dessa relação entre meio e fim, ÁVILA exige que se responda a três questões: qual o significado de *meio adequado*, como se avalia a relação de adequação entre meio e fim, e qual a intensidade de controle das decisões do Poder Público²⁷⁹.

²⁷⁵ Idem.

²⁷⁶ Ibidem., p. 166.

²⁷⁷ Ibidem.

²⁷⁸ Ibidem.

²⁷⁹ Ibidem., p; 167.

Embora a relação entre os vários meios disponíveis e os fins almejados possa ser analisada sobre os aspectos quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza), ÁVILA defende que o Legislador e o Administrador não estão obrigados a escolher sempre o meio mais intenso, o melhor e o mais seguro para atingir o fim desejado, bastando-lhes que escolham “um meio que simplesmente promova o fim”²⁸⁰.

Essa conclusão se funda no fato de que nem sempre é possível ou plausível saber qual o meio mais intenso, melhor e mais seguro à realização do fim, sob pena de inviabilizar a Administração Pública, pois tais ponderações vinculam-se à informações e circunstâncias nem sempre disponíveis²⁸¹. Ademais, há também a necessidade de respeito à vontade objetiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo, como imposição do princípio da separação do Poder, pois um “mínimo de liberdade de escolha é inerente ao sistema de divisão de funções”²⁸². Da mesma forma, diante da necessidade de que todas as circunstâncias de um caso concreto sejam previamente analisadas, a imediata exclusão de um meio que não atingisse simultaneamente uma daquelas três condições impediria “a consideração a outros argumentos que podem justificar a escolha”²⁸³.

O exame da adequação entre meio e fim, por sua vez, também pode ser apreciada sobre três diferentes dimensões: abstração/concretude; generalidade/particularidade e antecedência/posteridade.

Para ÁVILA, na primeira dimensão a abstração exige que as medidas adotadas efetivamente produzam o fim almejado, bastando que sejam elas abstratamente adequadas a promovê-lo, ou seja, a “medida será adequada se o fim for possivelmente realizado com sua adoção”²⁸⁴, enquanto que a concretude, por sua vez, apenas impõe que a medida adota seja concretamente adequada para promover o fim, pois “a medida será adequada somente se o fim for efetivamente realizado no caso concreto”²⁸⁵.

Na segunda dimensão (generalidade/particularidade), o fator estatístico será levado em consideração, pois a medida adotada poderá ser considerada adequada

²⁸⁰ Idem., p. 168.

²⁸¹ Ibidem.

²⁸² Ibidem.

²⁸³ Ibidem., p. 169.

²⁸⁴ Ibidem.

²⁸⁵ Ibidem.

“se o fim for realizado na maioria dos casos com sua adoção”²⁸⁶, ou, ainda, pode-se “exigir a adoção de uma medida que seja individualmente adequada para promover o fim. A medida será adequada somente se todos os casos individuais demonstrarem a realização do fim”²⁸⁷.

Já na terceira dimensão (antecedência/posterioridade) o fator temporal é que se mostrará relevante, uma vez que “pode-se exigir a adoção de uma medida que seja adequada no momento em que foi adotada”²⁸⁸, ou, ainda, pode-se “exigir a adoção de uma medida que seja adequada no momento em que ela vai ser julgada”²⁸⁹.

Diante dessas múltiplas dimensões, o autor reconhece que definir o que seria uma *medida adequada* se torna inviável, motivo pelo qual se faz necessária a adoção de uma hipótese provisória. Nesse contexto, a medida deverá ser examinada abstrata e geralmente quando o Poder Público atuar para uma generalidade de casos, em regra editando atos normativos; no entanto, quando se tratar de atos individuais, será considerada mais adequada a medida que concreta e individualmente for mais eficaz para a promoção do fim almejado. Por sua vez, ambas as situações impõem que o exame de adequação seja avaliado no ato da escolha do meio. Isso porque:

[...] a qualidade da avaliação e da projeção – e, portanto, a atuação da Administração – deve ser averiguada de acordo com as circunstâncias existentes no momento dessa atuação. É imperioso lembrar que o exame de proporcionalidade exige do aplicador uma análise que preponderam juízos do tipo probabilístico e indutivo.²⁹⁰

Ao responder à sua terceira indagação, concernente à intensidade de controle das decisões tomadas pela Administração, ÁVILA aponta duas possíveis alternativas – esse controle pode ser *forte* ou *fraco*. Segundo ele:

Num modelo forte de controle qualquer demonstração de que o meio não promove a realização do fim é suficiente para declarar a invalidade da atuação administrativa. Num modelo fraco apenas uma demonstração objetiva, evidente e fundamentada pode conduzir à declaração de

²⁸⁶ Ibidem.

²⁸⁷ Ibidem.

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ Ibidem.

²⁹⁰ Ibidem., p. 170.

invalidade da atuação administrativa concernente à escolha de um meio para atingir um fim.²⁹¹

O modelo adotado no sistema jurídico brasileiro seria o fraco, em decorrência do princípio da separação dos Poderes, uma vez que, “assegurado um mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador, não é dado ao julgador escolher o melhor meio sem um motivo manifesto de inadequação no meio eleito pela Administração para escolher o fim”²⁹². E prossegue ÁVILA:

[...] O exame do entrecruzamento entre o dever de preservar a liberdade do legislador e o dever de proteger os direitos fundamentais do administrado revela abstratamente uma encruzilhada em que se resguarda um âmbito mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador. Somente uma comprovação cabal da inadequação permite a invalidação da escolha do legislador ou administrador.²⁹³

Ainda no que concerne à intensidade do controle, acresce ÁVILA que também “é preciso acentuar que o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio democrático deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, especialmente porque restringe direitos fundamentais”²⁹⁴. A escolha entre o modelo forte ou fraco depende da presença, ou não, de determinados critérios que, em certas situações, justificariam o aumento ou a diminuição do controle material a ser exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos do Poder Legislativo e Executivo. Em suas próprias palavras:

De um lado, o âmbito de controle pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverá ser tanto maior quanto maior for: (1) a condição para que o Poder Judiciário construa um juízo seguro a respeito da matéria tratada pelo Poder Legislativo; (2) a evidência de equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo como justificativa para a restrição do direito fundamental; (3) a restrição ao bem jurídico constitucionalmente protegido; (4) a importância do bem jurídico constitucionalmente protegido, a ser aferida pelo seu caráter fundante ou função de suporte relativamente a outros bens (por exemplo, via e igualdade) e pela sua hierarquia sintática no ordenamento constitucional (por exemplo, princípios fundantes).²⁹⁵

²⁹¹ Ibidem., p. 171.

²⁹² Ibidem.

²⁹³ Ibidem.

²⁹⁴ Ibidem., p. 176.

²⁹⁵ Ibidem.

Haverá situações, entretanto, que o dever de autocontenção imposto ao Poder Judiciário pelo princípio da separação dos Poderes significará que as decisões tomadas pelo Legislativo e pelo Executivo deverão prevalecer. Como bem explica ÁVILA:

[...] o âmbito de controle pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverá ser tanto menor, quanto mais: (1) duvidoso for o efeito futuro da lei; (2) difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria; (3) aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição.²⁹⁶

Nesse contexto, jamais há de se falar de forma simplista em insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, pois sempre será possível algum controle de constitucionalidade, embora esse controle possa ser maior ou menor. Assim, segundo defendido por ÁVILA:

[...] caberá ao Poder Judiciário verificar se o legislador fez uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência.²⁹⁷

A intervenção do Poder Judiciário se mostra essencial, na medida em que, sem “o controle do Poder Judiciário não há sequer como comprovar a justificabilidade da medida adotada por outro Poder”²⁹⁸. Dessa forma:

[...] O princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais. Os direitos fundamentais, quanto mais foram restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada.²⁹⁹

No que concerne ao exame da necessidade, afirma ÁVILA que o Poder Judiciário deve perquirir a existência de meios alternativos àquele originalmente escolhido pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo. Para tanto, deve ser averiguado, em primeiro lugar, se existiriam outros meios capazes de promover o fim

²⁹⁶ Ibidem., pp. 176-7.

²⁹⁷ Ibidem., p. 177.

²⁹⁸ Ibidem.

²⁹⁹ Ibidem.

almejado de forma igual; em seguida, qual desses meios alternativos restringiria em menor medida os direitos fundamentais afetados³⁰⁰.

Reconhece o autor que a dificuldade nesse exame reside nas diferentes aspectos pelos quais se pode aferir a promoção dos fins pretendidos (quantitativo, qualitativo ou probabilístico).

A eventual a anulação pelo Poder Judiciário da escolha do meio realizada pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo não poderá decorrer do simples fato de que ele, “em algum aspecto e sob alguma perspectiva, não promove o fim da mesma forma que outros hipoteticamente aventados”³⁰¹, pois em tal hipótese jamais seria possível encontrar um critério suficientemente adequado. A regra é, então, o respeito às escolhas realizadas pela autoridade competente, sempre que estas representarem meios menos restritivos aos direitos fundamentais para obtenção da finalidade desejada.

Por fim, é na proporcionalidade em sentido estrito em que deve ser realizada a comparação entre a importância do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais, a partir de um exame de custo-benefício. Nas palavras de ÁVILA:

[...] A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?³⁰²

Como bem assevera Juarez FREITAS, o princípio da proporcionalidade encontra-se diretamente vinculado ao adequado exercício do poder-dever, inerente à Administração Pública, de assegurar que diante de um eventual conflito entre dois valores legítimos, sejam eles sopesados de tal forma a se evitar “determinado sacrifício iníquo e desarrazoado”³⁰³.

E continua o mencionado administrativista:

Bem assimilado, o princípio da proporcionalidade implica adequação axiológica e finalística, vale dizer, o exercício adequado, necessário e

³⁰⁰ Ibidem., p. 172.

³⁰¹ Ibidem., p. 173.

³⁰² Ibidem., p. 175.

³⁰³ FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 51.

razoável do poder-dever de hierarquizar princípios e regras nas relações de administração, tanto nas ações como nas abstenções. [...] Mais: é obrigatória a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. De mais a mais, convém frisar que os fins justos jamais podem ser obtidos por torpes meios.³⁰⁴

Sustenta ÁVILA que a grande distinção entre os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade reside no fato de que este busca aferir a existência de uma relação de causalidade entre um *meio* e um *fim*. Aquele, por sua vez, volta-se ao exame de uma equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Mais uma vez retornando a BANDEIRA DE MELLO, verifica-se que é por meio do exame da proporcionalidade que se poderá averiguar se determinado critério de desigualação escolhido pelo legislador ampara-se em algum interesse constitucionalmente protegido, pois “não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima”³⁰⁵.

Dessa forma, não está o legislador autorizado a lançar mão de critérios de discrimen cuja única ou última finalidade, ainda que sob os auspícios do princípio da igualdade, seja o de satisfazer o interesse individual, particular, concernente às conveniências de determinada pessoa ou grupo social. Para serem juridicamente considerados, esses interesses deverão transcender o mero interesse particular daquele indivíduo ou grupo e assumir uma dimensão pública, o que, na dicção do citado publicista, consistiria em um “plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses”³⁰⁶.

Conclui-se, dessa forma, que diante da ausência de qualquer dos requisitos enumerados a diferenciação utilizada pelo legislador se torna arbitrária e, portanto, ofensiva ao princípio da igualdade.

³⁰⁴ Idem., p. 55.

³⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 43.

³⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 187.

3. AS AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1. Considerações iniciais

Já foi afirmado na Introdução do presente trabalho, assim como no capítulo anterior, que não se pretende aqui debater a questão sobre qual seria a melhor definição para o princípio da igualdade, ou, ainda, se de fato há ou não racismo no Brasil. A essas duas considerações deve ser acrescentada uma terceira: também não é objetivo deste estudo averiguar se as ações afirmativas, assim consideradas em seu caráter genérico, podem ou não ser compatibilizadas com o princípio da igualdade.

Parte-se, dessa forma, da premissa segundo a qual as ações afirmativas podem, sim, se compatibilizar com o princípio da igualdade, contanto que determinados critérios sejam atendidos, como visto no capítulo anterior. Dessa forma, a questão a ser respondida – esta sim, o núcleo do presente trabalho –, diz respeito à validade das ações afirmativas de viés racial no contexto brasileiro, tendo em vista a alta carga de subjetividade envolvida nos critérios de *discrímén* em uso.

3.2. Conceito, objetivos e base filosófica

O termo *ação afirmativa* foi utilizado pela primeira vez nos EUA em 1935, na “Lei das Relações de Trabalho Nacionais”, que determinava a imediata interrupção das discriminações praticadas por empregadores contra os trabalhadores negros, bem como que aqueles implantassem *ações afirmativas* para que as vítimas dessas segregações fossem alçadas aos cargos que de outra forma estariam a ocupar³⁰⁷.

³⁰⁷KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., p. 169, nota de rodapé nº 442.

Embora seu conceito não fosse inédito, pois há anos já vinha sendo implantada na Índia³⁰⁸, a *ação afirmativa* passou a ser utilizada em um contexto de luta por direitos civis nos EUA na década de 60, após a assinatura pelo então Presidente John F. Kennedy da Ordem Executiva nº 10.295, de 6 de março de 1961³⁰⁹. Por meio dela criou-se uma Comissão com a finalidade de identificar e revisar as políticas segregacionistas governamentais³¹⁰; na iniciativa privada, determinou-se expressamente ao contratante que não discriminasse “nenhum funcionário ou candidato a emprego por motivo de raça, credo, cor ou origem nacional”, impondo-lhe o dever de “adotar ações afirmativas para garantir que os candidatos sejam contratados, e que os empregados sejam tratados no trabalho sem levar em conta raça, cor, credo ou origem nacional”³¹¹.

Conquanto não haja na literatura especializada um consenso a respeito de qual seria sua melhor definição, as *ações afirmativas* podem ser consideradas, ao menos no que concerne à finalidade do presente estudo, um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas³¹² de caráter temporário^{313e314e315}, compulsório, facultativo ou voluntário³¹⁶ adotadas por entidades privadas ou pelo Estado³¹⁷, que, mediante distinções no sistema normativo³¹⁸, buscam prevenir ou compensar discriminações historicamente sofridas por certos grupos sociais, seja em razão da origem, gênero, raça, etnia, deficiência física ou mental ou classe social³¹⁹, que

³⁰⁸ FERES JÚNIOR, João. Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa. In ZONINSEIN, Jonas. FERES JUNIOR, João. (Org.). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006, pp. 46-7.

³⁰⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 61.

³¹⁰ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit.

³¹¹ EUA. Ordem Executiva 10.295, de 6 de março de 1961. Seção 201.

³¹² MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

³¹³ SOWELL, Thomas. *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Estudo Empírico*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 2.ed. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2004, p. 3.

³¹⁴ MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *Le Principe d'égalité dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: Economica, 1997, pp. 206-7. Apud KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., p. 221.

³¹⁵ ONU. Artigo II, seção 2, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas.

³¹⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit., p. 40.

³¹⁷ DUNCAN, Myril L. *The future of affirmative action: A Jurisprudential/legal critique*. Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, Cambridge: Cambridge Press, 1982. p. 503.

³¹⁸ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

³¹⁹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., p. 220.

resultaram em um alijamento ou em uma sub-representação daqueles grupos em determinadas esferas da sociedade.

É preciso esclarecer que as ações afirmativas, e seus respectivos critérios, poderão variar conforme o público alvo escolhido, de acordo com a raça, o gênero, a idade ou mesmo deficiências físicas, ou os diferentes instrumentos, métodos ou técnicas utilizadas, como, v.g., a fixação de cotas, patamares mínimos, metas, programas de incentivo, etc^{320e321}.

Segundo Joaquim B. Barbosa GOMES, a introdução de políticas de ação afirmativa representaria um ponto de inflexão na tradicional postura de neutralidade do Estado, voltada à aplicação de políticas públicas governamentais de forma indistinta³²². Afastando-se do ideal liberal de que as políticas públicas deveriam beneficiar a todas as pessoas indistintamente, fatores como raça, cor e sexo passam a ser considerados pelo Estado, como forma de combater as iniquidades sociais³²³.

Nesse contexto, a igualdade meramente formal, que impõe ao Estado apenas a proibição à discriminação, é abandonada em favor da promoção de uma postura positiva de observância dos princípios da diversidade e do pluralismo, de modo a “induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação”³²⁴. Em outros termos:

[...] a ação afirmativa tem como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo eliminar os “lingering effects”, ie, os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada “discriminação estrutural”, espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados.³²⁵

Como bem observado por Marco Aurélio MELLO, a adoção de políticas afirmativas no Brasil encontra amparo expresso no artigo 3º da Constituição

³²⁰ SISS, A. Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa: razões históricas. Rio de Janeiro: Quartet; Niterói: PENESB, 2003, p. 27.

³²¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa., Op. Cit., p. 40.

³²² Idem., p. 39.

³²³ Ibidem.

³²⁴ Ibidem., p. 44.

³²⁵ Ibidem., p. 47.

Federal³²⁶, na medida em que impõe ao Estado a adoção de ações concretas de combate às desigualdades sociais:

[...] Posso asseverar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar “ação”. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontramos na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades.³²⁷

O combate a todas as formas de discriminação também foi assumido pelo Brasil durante a III Conferência Mundial Contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Intolerâncias Correlatas, promovida pela Organização Mundial das Nações Unidas – ONU, no período de agosto a setembro de 2001, em Durban, África do Sul, ocasião em que foi firmada a “Declaração de Durban”, que em seu artigo 108 assim dispõe:

Reconhecemos a necessidade de medidas especiais ou ações positivas em favor das vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância conexas a fim de promover a sua plena integração na sociedade. Estas medidas de ação efetiva, incluindo medidas sociais, devem destinar-se a corrigir as condições que colocam obstáculos ao gozo de direitos e a introduzir medidas especiais para encorajar a igual participação de todos os grupos raciais e culturais, linguísticos e religiosos em todos os sectores da sociedade e para colocar esses grupos em pé de igualdade. Entre tais medidas devem contar-se medidas destinadas a alcançar uma representação adequada em diferentes domínios: instituições de ensino, habitação, partidos políticos, vida parlamentar e emprego, especialmente nos órgãos judiciais, na polícia, forças armadas e outros serviços públicos, o que, em determinados casos, pode implicar reformas eleitorais, reformas agrárias e campanhas em prol da igualdade de participação.³²⁸

Nessa linha de pensamento, GOMES identifica, ainda, outros dois objetivos das ações afirmativas. Elas permitem aumentar a representatividade de determinados grupos minoritários em certos domínios de atividade pública e privada,

³²⁶ BRASIL. Constituição Federal. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³²⁷ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica constitucional: igualdade e as ações afirmativas. *In* Discriminação e sistema legal brasileiro. Anais do Seminário Nacional organizado pelo Tribunal Superior do Trabalho em 20.11.2001, p. 23.

³²⁸ Disponível em <http://www.oas.org>, acessado em 02.06.2014.

promovendo, dessa forma, uma maior diversidade social³²⁹, criando uma sociedade mais “diversificada, aberta, tolerante, miscigenada e multicultural”³³⁰. Por via de consequência aqueles grupos minoritários passariam a encontrar, em seu próprio seio, exemplos de sucesso cujas carreiras e realizações pessoais sinalizariam às novas gerações “que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida”³³¹.

Anote-se que as políticas de ação afirmativa não se confundem com as demais políticas universalistas materiais, na medida em que, embora o resultado seja importante para ambas, aquelas, diferentemente destas, levam em consideração a posição relativa dos grupos sociais entre si. Como explica Daniela IKAWA:

As ações afirmativas implicam não apenas preferências entre indivíduos considerados em si, mas ainda, de modo muito mais controverso, preferências entre indivíduos considerados por sua mera pertença a determinados grupos, no intuito de promover alguma compensação e algum grau de inclusão.³³²

Observe-se que as ações afirmativas representam um terceiro estágio de desenvolvimento no combate à discriminação e na efetivação da igualdade entre os cidadãos, sendo adotadas em países que já consagraram em seus ordenamentos jurídicos a igualdade perante a lei, imprimindo forte repressão no campo penal às práticas discriminatórias^{333 e 334}.

MENEZES chama à atenção o fato de que a ação afirmativa não equivale a um direito de minorias, na medida em que “as desigualdades sociais que são combatidas por meio dela não estão obrigatoriamente relacionadas à situação numericamente desvantajosa do grupo favorecido”³³⁵. De fato, o que dará ensejo às ações afirmativas é a constatação de que os integrantes de um determinado grupo social não se encontram em uma posição de domínio, em virtude de algum tipo de

³²⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit., p. 48.

³³⁰ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. Op. Cit., p. 226.

³³¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit., p. 49.

³³² IKAWA, Daniela. Ações Afirmativas em Universidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 154.

³³³ MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., p. 29.

³³⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit.

³³⁵ MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., p. 34.

desvantagem ou discriminação³³⁶. A esse respeito, afirma Carmem Lúcia Antunes ROCHA que o termo “minoría” não deve ser tomado em sentido quantitativo, na medida em que:

[...] minoría no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa.³³⁷

Na visão de GOMES, é possível identificar nas ações afirmativas a tentativa de concretização de dois postulados filosóficos: o postulado da justiça compensatória e o da justiça distributiva. Além deles, podem ser identificados “certas concepções inspiradas de uma visão utilitarista, bem como do chamado multiculturalismo”³³⁸.

A justiça compensatória teria por pano de fundo a reparação de danos historicamente causados a determinados grupos ou categorias de pessoas que ao longo do tempo foram subjugadas. A necessidade dessa reparação justifica-se pelo fato de que as gerações passadas que foram vítimas de preconceito e discriminação “tendem inexoravelmente a se transmitir às gerações futuras, constituindo-se em um insuportável e injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado, no presente, por essas novas gerações”³³⁹. Seu principal foco é a reparação de injustiças no campo da educação, no qual os efeitos da discriminação se mostram especialmente perversos não apenas pela forma como é desenvolvida – utilização de meios explícitos ou não de restringir o acesso de determinados grupos a uma educação de qualidade, em favor de outros –, mas de suas consequências – redução das perspectivas de bem-estar e de sucesso desse grupo marginalizado³⁴⁰.

A justiça distributiva, por sua vez, repousa na antiga ideia de que todas as diferenças vislumbradas entre os homens não decorrem de seu nascimento, porquanto surgidas ao longo de suas vidas por imposição de certos valores

³³⁶ Idem.

³³⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. Revista de Informação legislativa, Brasília, ano 33, n. 131, p. 286, Julho-setembro, 1996.

³³⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit., p. 61.

³³⁹ Idem., p. 62.

³⁴⁰ Ibidem., pp. 63-4.

prevalentes na sociedade. Daí a razão pela qual alguns grupos sociais teriam o direito de reivindicar vantagens ou benefícios indevidamente monopolizados por alguns, como forma de restabelecer um equilíbrio social que não teriam se perdido, não fosse a utilização de artifícios discriminatórias tais como raça, gênero, religião ou origem nacional^{341e 342}.

O pensamento utilitarista, ao qual se refere GOMES, pode ser encontrado no argumento de que os efeitos decorrentes das ações afirmativas não se limitam à correção de injustiças sofridas pelos grupos marginalizados, pois os custos e sacrifícios impostos aos indivíduos não beneficiados pelas políticas de ação afirmativa se justificam a partir do momento em que os benefícios se estendem à sociedade como um todo³⁴³, uma vez que, “ao se reduzirem a pobreza e as iniquidades, tendem igualmente a desaparecer o ressentimento, o rancor, a perda do autorrespeito decorrente da desigualdade econômica”³⁴⁴.

O argumento do multiculturalismo surge no interior das democracias ocidentais liberais, em decorrência da dificuldade existente em conciliar seus princípios norteadores, tais como a da neutralidade estatal e a da igual representação³⁴⁵. Afinal, como conciliar o ideal de liberdade e igualdade – em regra centrado na existência de necessidades universais cujo preenchimento independe da raça, religião, etnia ou renda de cada cidadão – com o reconhecimento de que tais distinções são importantes à formação de uma identidade?³⁴⁶

Antes do exame das políticas de ações afirmativas adotadas no Brasil, mostra-se pertinente realizar um breve estudo das experiências internacionais sobre o tema, o que permitirá uma melhor compreensão dos efeitos práticos da adoção de tais políticas bem como dos problemas envolvidos, não apenas de ordem social e política, mas também jurídica.

³⁴¹ Ibidem., pp. 66-8.

³⁴² FISCUS, Ronald J. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. Edited by Stephen L. Wasby; Foreword by Stanley Fish. Durham and London: Duke University Press, 1991, p. 8. *Apud* KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. Op. Cit., p. 225.

³⁴³ MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., pp. 38-9.

³⁴⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit., p. 68.

³⁴⁵ Idem., p. 73.

³⁴⁶ Ibidem., p. 74.

3.3. Experiências internacionais

3.3.1. Considerações iniciais

O breve estudo que se segue tem como referência a pesquisa empírica realizada por Thomas SOWELL³⁴⁷, que, por sua vez, buscou estudar diversas experiências internacionais acerca das ações de políticas afirmativas, bem como suas consequências, invariavelmente ignoradas nas discussões políticas que se preocupam em justificar tais programas preferenciais e a enaltecer seus benefícios, ignorando totalmente os resultados práticos delas.

Como o objetivo deste capítulo não é realizar um exaustivo comentário sobre a referida obra, optamos por restringir os casos estudados àqueles que, diante dos dados apresentados pelo referido autor e, ainda, à luz de outras fontes literárias, consideramos mais emblemáticos, não apenas por representarem as experiências mais antigas na implantação de ações afirmativas, mas pela similitude de problemas que podem ser observados em relação ao caso brasileiro.

3.3.2. Índia³⁴⁸

Como já afirmado, a ação afirmativa encontra seu berço na Índia.

O impacto cultural das ações afirmativas no panorama social indiano somente pode ser compreendido quando examinado à luz da tradição histórica daquele povo, a qual se encontra entrelaçada aos conceitos de *varna* e *jati*. Embora não haja consenso na literatura acerca da melhor tradução para o termo sânscrito

³⁴⁷ SOWELL, Thomas. Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Estudo Empírico. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 2.ed. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2004.

³⁴⁸ A República da Índia esta localizada na Ásia Meridional. Segundo o relatório do Desenvolvimento Humano das Organizações das Nações Unidas, ocupava em 2011 a 134ª posição no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Sua população é superior a 1,2 bilhões de pessoas, distribuídas em um território de 3.287.590 km². Informações disponíveis em: <http://hdrstats.undp.org/en/countries/profiles/IND.html>. Acessado em 03/12/2012.

varna – "côr"^{349e350} ou "fechar"³⁵¹ (indicando grupos ou classes sociais distintas) –, sabe-se que sua origem decorre de uma tradição hindu de mais de dois milênios, que estrutura a sociedade indiana como resultado do entrelaçamento de quatro grupos sociais delimitados: *brâmanes* (sacerdotes), *chátrias* (guerreiros), *vaisas*(comerciantes, mercadores, homens de negócios) e *sudras*(camponeses, servos e operários)^{352e353}. Esse sistema indiano, segundo Demétrio MAGNOLI, não guarda correlação com as classes sociais ocidentais, na medida em que a origem do indivíduo – Brâmane, chátria, vaia ou sudra – não se vincula à sua condição financeira ou orientação política³⁵⁴.

Conta Andre BETEILLE que, até o início do século II a.C, existia apenas a hierarquia funcional dos *varnas*, que permitia que fosse atribuído a cada indivíduo um lugar na sociedade de acordo com suas características intelectuais e espirituais, bem como de suas potencialidades profissionais. Com o passar dos séculos esse arranjo se tornou semelhante às corporações de ofício, passando, posteriormente, a ser caracterizada pela endogamia e a hereditariedade³⁵⁵. "A dissolução das corporações de ofício não suprimiu as castas, mas as transformou em fraternidades ligadas pelo sangue, por uma série de costumes e regras, inclusive de dieta, e por obrigações de proteção de seus integrantes"³⁵⁶. Modernamente os *jatis* não se relacionam apenas a certos ofícios, podendo indicar uma seita religiosa ou um grupo linguístico. Outra característica relevante é que, conquanto essencialmente territoriais, as milhares de castas e subcastas indianas não são homogêneas, não existindo uma correspondência precisa entre castas de regiões diversas^{357e358}.

³⁴⁹ GATHIER, Émile. O Pensamento Hindu. Trad. Raúl de Sá. Rio de Janeiro: Agir 1996, p. 35.

³⁵⁰ KULKE, Hermann. ROTHERMUND, Dietmar. A history of Índia. 3. ed. Londres e Nova York: Taylor & Francis e-Library, 2002, p. 39.

³⁵¹ MAGNOLI, Demétrio. Uma gota de sangue: história do pensamento racial. São Paulo: Contexto, 2009, p. 280.

³⁵² KULKE, Hermann. ROTHERMUND, Dietmar. Op. Cit. p. 39.

³⁵³ DELGADO, Sebastião Rodolfo. Glossário Luso-Asiático. Introd. Joseph M. Piel. Reimpressão do original de Coimbra: 1919-1921. Hamburgo: Buske, 1982, p.226.

³⁵⁴ MAGNOLI, Demétrio. Op. Cit., p. 280

³⁵⁵ BETEILLE, Andre. Caste, Class and Power: Changing Patterns of Stratification in a Tanjore Village. New Delhi: Oxford University Press, 1996, 46.

³⁵⁶ Idem., p. 280.

³⁵⁷ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 27.

³⁵⁸ RUSSELL, Robert Vane. The Tribes and Castes of the Central Provinces of India. Vol. I. Londres: Macmillan and Co., 1916, pp. 12-3. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/20583/20583-h/20583-h.htm>>. Acesso em 8/9/2011. MAGNOLI, Demétrio. Op. Cit., p. 281.

Os *párias* ou *intocáveis* não pertenciam a nenhum *varna* ou *jati*, pois eram tradicionalmente considerados impuros em razão de seus ofícios ou ocupações – em geral vinculadas à manipulação de animais mortos em matadouros, açougues e curtumes, ou mesmo na limpeza de latrinas e esgotos –, sendo excluídos do convívio social a ponto de não poderem sequer tocar em um membro das castas, com estes partilhar fontes d'água ou circularem abertamente pelos povoados³⁵⁹. Esse estigma enraizou-se de tal forma na sociedade hindu que sobreviveu à passagem do tempo, sendo aplicado ainda que o indivíduo não mais exercesse algumas daquelas profissões mencionadas^{360e361}.

É interessante notar que, como observado por Sebastião Rodolfo DELGADO, a adoção de um sistema hereditário entre os hindus inegavelmente favoreceu a manutenção do *status quo*, ao resolver o problema da identificação³⁶² dos indivíduos em relação às suas respectivas castas – ou ausência delas, no caso dos *párias*³⁶³

Esse sistema ancestral, complexo e fluído encontrado pelos britânicos foi rapidamente interpretado como um signo de *status* social, passando a ser manipulado como forma de obter apoio entre as elites regionais³⁶⁴ e que acabou resultando na introdução, com o passar do tempo e a utilização de sucessivos censos, em uma classificação mais uniforme das castas indianas – embora não necessariamente fiel à realidade, pois refletiam muito mais a conjuntura política na qual foram produzidos do que qualquer tradição religiosa ancestral³⁶⁵.

Fruto de uma confusão entre castas e classes sociais, o sistema de classificação adotado durante a dominação britânica rapidamente se converteu em um paradigma assimilado pela Índia independente, não apenas nas esferas governamentais, mas pela própria sociedade, a ponto de também ter sido apoiado por Mahatma Gandhi, ele mesmo nascido em uma tradicional família vaia, em 1869³⁶⁶.

³⁵⁹ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 25.

³⁶⁰ Idem., p. 28.

³⁶¹ RUSSELL, R. V. Op. Cit., p. 11.

³⁶² Idem., p. 15.

³⁶³ DELGADO, Sebastião Rodolfo. Op. Cit. p.226.

³⁶⁴ KULKE, Hermann. ROTHERMUND, Dietmar. Op. Cit. p. 252.

³⁶⁵ MAGNOLI, Demétrio. Op. Cit., pp. 284-5.

³⁶⁶ KULKE, Hermann. ROTHERMUND, Dietmar. Op. Cit., p. 52.

Após concluir seus estudos em Londres e tentar, sem sucesso, seguir a carreira de advocacia em Bombaim, atual Mumbai, Gandhi mudou-se para a África do Sul. Ali teve início a sua história como ativista, ao emergir como líder da minoria indiana e promover uma luta contra a legislação discriminatória através da adoção de métodos de resistência passiva, que ele chamou de *Satyagraha* (segurando a verdade)³⁶⁷.

Nos anos que se seguiram ao seu retorno à Índia em 1915, Gandhivoltou sua atenção para campanhas sociais em diversas localidades do interior do país, enquanto tentava vencer a desconfiança daqueles que não conseguiam definir seu pensamento político – se "moderado" ou "extremista". Nesse período, defendeu publicamente a validade do sistema de castas³⁶⁸.

Embora apoiasse o sistema de *varnas*, Gandhi criticava a "intocabilidade", por entender que se tratava de uma verdadeira "mancha" no hinduísmo que deveria ser extirpada pela vontade não apenas de uma elite, mas das próprias massas³⁶⁹. Essa convicção acerca da validade do sistema de castas foi sendo gradualmente revista por Gandhi, até finalmente chegar à conclusão que a única solução possível seria sua total eliminação da sociedade indiana³⁷⁰. Essa mudança de pensamento resultou, em grande parte, do embate ideológico que Gandhi travou, a partir de 1931, com o outro grande expoente da política indiana, que entrou para a história como o "líder dos intocáveis": BhimraoRamjiAmbedkar³⁷¹.

Nascido em 1891, em uma pobre família de "intocáveis" da casta mahar, Ambedkar experimentou o sabor amargo da discriminação deste a infância, mesmo após ter alcançado os mais elevados níveis educacionais, graduando-se em Economia, Ciência Política e Direito, além de obter os graus de Mestre e Doutor em Economia³⁷².

³⁶⁷ Idem., p. 265.

³⁶⁸ GANDHI, Mahatma. *Third class in the indians railways*. Apud MAGNOLI, Demétrio. Op. Cit., p. 287. Trad. Livre do autor.

³⁶⁹ GANDHI, Mahatma. *Freedom's Battle: being a comprehensive collection of writings and speeches on the present situation*. 2. ed. 1922. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/10366/10366-h/10366-h.htm>. Acesso em 8/9/11. Acesso em 8/9/2011. Trad. livre do autor. Autor???

³⁷⁰ MAGNOLI, Demétrio. Op. Cit., p. 289.

³⁷¹ KULKE, Hermann. ROTHERMUND, Dietmar. Op. Cit. p. 275.

³⁷² Biografia disponível em <<http://www.ambedkar.org/>>. Acesso em 09 de setembro de 2011. RANA, Mulchand S. *Reservantion in India: myths and realities*. New Dheli: Ashok Kumar Mittal, 2008, p. 296.

Diferentemente de Gandhi, Ambedkar não enxergava no sistema de castas indiano nenhuma qualidade que pudesse justificar sua manutenção, pois, antes e acima de tudo, seria o responsável pela degeneração da sociedade, razão pela qual defendia sua completa abolição pelo Estado³⁷³.

O primeiro embate entre Gandhi e Ambedkar ocorreu em Londres. No inverno de 1930-1931, o Vice-Rei Lord Irwin promoveu uma rodada de negociações sobre reformas políticas, na busca por uma solução para os conflitos que vinham ocorrendo na colônia, com especial atenção às campanhas de desobediência civil promovida por Gandhi – dentre as quais sua famosa "marcha pelo sal", em que insuflou seus conterrâneos a recolherem sal diretamente na praia de Dani, em Gujarat, e, dessa forma combater o monopólio imposto pela metrópole³⁷⁴. A segunda rodada de negociações foi realizada em março de 1931, quando foi concluído o que veio a ser conhecido por pacto Gandhi-Irwin; embora considerado satisfatório por Gandhi em virtude de seu valor simbólico, na verdade não resultou em medidas concretas significativas, uma vez que, em troca do fim das campanhas de desobediência, os britânicos se limitaram a autorizar a produção doméstica de sal para consumo caseiro e a libertar alguns presos durante a marcha³⁷⁵.

Preso ao retornar à Índia, por ter reiniciado sua campanha de resistência pacífica, Gandhi viu sua frustração aumentar com a implantação de uma das propostas formuladas por Ambedkar durante as negociações em Londres – a criação de um eleitorado apenas para os "intocáveis", em separado do restante da população –, contra a qual Gandhi foi particularmente inflexível, a ponto de deflagrar uma greve de fome na prisão³⁷⁶.

A pressão moral advinda da disposição de Gandhi de morrer por sua causa, apesar das inúmeras tentativas de dissuadi-lo promovidas por vários líderes do Congresso Nacional Indiano, fez com que Ambedkar fosse procurá-lo pessoalmente na prisão. Após dois dias de negociações³⁷⁷, celebraram um acordo por meio do qual Ambedkar desistiu da intenção de criar um eleitorado apenas para

³⁷³ AMBEDKAR, B.R. *Annihilation of Caste*. Disponível em: <http://www.ambedkar.org/ambcd/02.Annihilation%20of%20Caste.htm#a01>>. Acesso em 9/9/2011. Trad. livre do autor.

³⁷⁴ KULKE, Hermann. ROTHERMUND, Dietmar. Op. Cit., pp. 271-2.

³⁷⁵ Idem., p. 273.

³⁷⁶ MAGNOLI, Demétrio. Op. Cit., p. 276.

³⁷⁷ PARIKH, Sunita. *The politics of preferences: democratic institutions and affirmative action in the United States and India*. The University of Michigan Press, 1997, p. 154.

os intocáveis, aos quais foi assegurado, em troca, um generoso número de cadeiras não apenas nas legislaturas provinciais, como também no Parlamento Indiano³⁷⁸, o que veio a ser considerado o marco inicial da discriminação positiva na Índia^{379e380}. Nesse documento, que entrou para a história como o nome de *Poona Pact*, pela primeira vez, ao menos em termos oficiais, os "intocáveis" foram reconhecidos como "classes oprimidas", sendo-lhes assegurado, ainda, o fornecimento de instalações educacionais³⁸¹.

Com a declaração de independência em agosto de 1947, seguida da morte de Gandhi em janeiro de 1948³⁸², o Primeiro-Ministro Nehru e Ambedkar, seu Ministro da Justiça, tornaram-se as figuras mais expoentes na Assembléia Constituinte, tendo este último exercido grande influência na celebração dos acordos que resultaram na adoção de cláusulas de discriminação positiva³⁸³.

Uma das mais extensas constituições do mundo, senão a maior, a constituição indiana foi promulgada em 1949 com o compromisso, assumido logo em seu preâmbulo, de assegurar a todos "igualdade de estatuto e oportunidade"³⁸⁴. Para tanto, foram introduzidas cláusulas proibindo o Estado de "negar a qualquer pessoa a igualdade perante a lei ou a igual proteção da lei dentro do território da Índia"³⁸⁵, ou, ainda, de promover discriminações por religião, raça, casta, sexo ou lugar de nascimento, vetando de forma expressa qualquer espécie de restrição ao acesso a locais de entretenimento, assim como a estradas e fontes de água, tais como poços e reservatórios, de alguma forma mantidas ou subsidiadas pelo erário para o uso do público em geral³⁸⁶.

³⁷⁸ KULKE, Hermann. ROTHERMUND, Dietmar. Op. Cit., p. 275.

³⁷⁹ MAGNOLI, Demétrio. Op. Cit., p. 288.

³⁸⁰ WEISSKOPF, Thomas E. *Affirmative action in the United States and India: A comparative perspective*. Londres e Nova York: Routledge – Taylor and Francis Group, 2004, p. 27.

³⁸¹ Texto disponível em: <http://www.ambedkar.org/impdocs/poonapact.htm>>. Acesso em 10 de setembro de 2011.

³⁸² KULKE, Hermann. ROTHERMUND, Dietmar. Op. Cit. p. 293.

³⁸³ VAKIL, A. K. *Reservation Policy and Scheduled Castes in India*. New Delhi: Ashish Publishing House, 1985, p. 19.

³⁸⁴ Government of India. Ministry of Law and Justice. *The Constitution of India*. Disponível em <<http://indiacode.nic.in/coiweb/welcome.html>>. Acesso em 1º de setembro de 2011.

³⁸⁵ Idem. Art. 14. Trad. Livre do autor. No original: "The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India."

³⁸⁶ Ibidem. Art. 15, partes 1 e 2, "a" e "b", e art. 16, partes 1 e 2.

É de se ressaltar que, conquanto a Constituição houvesse abolido a "intocabilidade" em seu Artigo 17³⁸⁷, a discriminação aos *intocáveis* perdurou na sociedade por meio de novas designações – "castas da lista", "harijans" (filhos de Deus) ou "dalits" ("oprimidos")³⁸⁸. Da mesma forma, apesar de o princípio da igualdade entre os cidadãos ter sido expressamente declarado, a Constituição Indiana autorizou que o Estado promovesse políticas de discriminação positiva em favor de diversos grupos sociais³⁸⁹. Marc GALANTER alerta para o fato de que a constituição indiana não elencou indivíduos, famílias, castas, comunidades religiosas, grupos profissionais ou regionais como sendo destinatários das políticas afirmativas, mas determinadas "classes de cidadãos" consideradas "retardatárias", o que fez com que, desde o início da implantação do sistema de cotas, se mostrasse problemático o processo de identificação dos grupos beneficiados^{390e391}, inclusive no que diz respeito à utilização dos sistemas de castas e tribos indianos, tendo o Poder Judiciário atuado de forma ativa e decisiva³⁹².

Em seu amplo estudo da jurisprudência das Cortes Indianas, o citado autor chama a atenção para a discussão travada quanto ao ônus da prova nas hipóteses em que a relevância e adequação de determinados critérios, tais como castas e religião, é questionada: deveria prevalecer a presunção de constitucionalidade, em desfavor de quem a contesta, ou caberia ao Estado demonstrá-la?³⁹³

³⁸⁷ Government of India. Ministry of Law and Justice. *"The Constitution of India"*. Cit., Artigo 17: "A 'Intocabilidade' é abolida e sua prática em qualquer forma é proibida. A execução de qualquer deficiência decorrente da 'intocabilidade' deve ser uma ofensa punível nos termos da lei". Trad. livre do autor.

³⁸⁸ SHARMA, Arvind. *Reservation and affirmative action: models of social integration in India and the United States*. Nova Delhi: Sage Publications Índia Pvt Ltd, 2005, p. 155.

³⁸⁹ Government of India. Ministry of Law and Justice. *"The Constitution of India"*. "Art. 16. [...]. (4) Nada neste artigo deve impedir o Estado de fazer qualquer provisão para a reserva de nomeações ou cargos em favor de qualquer classe retardatária de cidadãos que, na opinião do Estado, não esteja adequadamente representada nos serviços sob o Estado. (4A) Nada neste artigo deve impedir o Estado de fazer qualquer provisão para reserva em matéria de promoção, com antiguidade consequentes, a qualquer classe ou classes de cargos nos serviços sob o Estado em favor das Castas e Tribos, que, na opinião do Estado, não são representados adequadamente nos serviços sob o Estado". Disponível em <<http://indiacode.nic.in/coiweb/welcome.html>>. Acesso em 1º/9/2012.

³⁹⁰ GALANTER, Marc. *Competing Equalities: Law and the Backward Classes in India*, Delhi: Oxford University, Press, 1984, p. 189.

³⁹¹ CHITNIS, S. Definition of the terms Scheduled Castes and Scheduled Tribes: a crisis of ambivalence. In V.A. Pai Panandiker (ed.) *The Politics of Backwardness: Reservation. Policy in India*, New Delhi: Konark publishers, 1997.

³⁹² Idem., pp. 190 e seg.

³⁹³ Ibidem., pp. 215 e seg.

Segundo ele, a Suprema Corte Indiana adotou uma posição híbrida. Em regra, se utilizará um escrutínio rígido, em que ao Estado será imposto o ônus de comprovar a constitucionalidade de suas escolhas, sempre que a controvérsia disser respeito à própria elegibilidade dos grupos beneficiários; por sua vez, em se tratando de outros aspectos do esquema de tratamento preferencial, a presunção de constitucionalidade será admitida, transferindo-se para o contestante o ônus de comprovar suas alegações³⁹⁴.

É interessante notar que o problema não se limita à mera pertença, ou não, de um determinado grupo a uma das chamadas “classes retardatárias”, mas, afinal, em que significa ser “retardatário” no contexto social indiano. Em especial, surge a necessidade de se indagar quais espécies de controle os tribunais indianos estão habilitados a exercer sobre os padrões fixados pelo Estado e a forma com que são aplicados³⁹⁵.

Da mesma forma, conquanto o sistema indiano também esteja embasado no princípio da autodeclaração, muitas vezes o Poder Judiciário é chamado a definir se um determinado indivíduo pertence, ou não, a uma casta ou tribo, e quais os critérios passíveis de serem usados: a) hereditariedade; b) lealdade do indivíduo em relação a grupo; c) a opinião dos membros desse grupo e/ou a do bairro em geral; d) consequências do casamento, da perda da filiação tribal em favor de um *status* de casta, da mudança de religião ou da excomunhão; f) a forma de se definir um comungante de uma religião particular: se o nascimento ou a conversão³⁹⁶.

Em sua pesquisa, GALANTER conseguiu observar, na jurisprudência da Suprema Corte Indiana, a existência de duas abordagens específicas: (i) empírica ou pragmática; e (ii) formal ou ficcional, ambas reconhecendo a natureza compartimentalizada da sociedade indiana. A abordagem empírica aceita a dificuldade em se classificar os cidadãos em virtude da existência de áreas de indefinição e sobreposição dos vários grupos sociais, o que torna impossível a obtenção de uma identificação única. Por isso, eventuais incompatibilidades teóricas decorrentes desse “cruzamento” de identidades são relevadas, dando-se mais peso aos fatos vinculados à intenção e à aceitação. A abordagem formal, por sua vez,

³⁹⁴ Ibidem., pp. 218-9.

³⁹⁵ Ibidem., pp. 221-2.

³⁹⁶ Ibidem. pp. 281-341.

ênfatiza uma simetria teórica, em que a sociedade é formada por compartimentos hierarquizados mutuamente excludentes, não admitindo a sobreposição de identidades³⁹⁷.

Para o referido autor, entretanto, a abordagem empírica é mais adequada à sociedade indiana moderna, cuja complexidade tem feito com que os jovens modifiquem antigas noções do sistema de castas, que ênfatizavam o *varna* e a inflexibilidade. Essa abordagem também seria preferível devido à sua consonância com os ideais e princípios da Constituição, que estabelece um programa geral para a reconstrução da sociedade indiana³⁹⁸.

Ao fim e ao cabo, tem-se que as listas oficiais de beneficiários foram resultados de um amálgama de critérios de ordem social, econômica, educacional³⁹⁹ e religiosa (geralmente como critério negativo)⁴⁰⁰, o que fez com que as garantias formuladas em favor dos integrantes das "classes retardatárias", inicialmente identificadas como sendo os *intocáveis*, no decorrer dos anos se estendessem a outros grupos em condições sociais análogas àqueles, considerados pertencentes a "outras classes em atraso" e que hoje suplantam a soma de "intocáveis" e de grupos tribais.

SOWELL encerra seu estudo sobre as ações afirmativas na Índia reconhecendo que, por se tratar da mais longa experiência histórica sobre o tema, é ela particularmente relevante para se entender as consequências reais desses programas⁴⁰¹. Conclui o autor, através de suas observações, que os benefícios das ações afirmativas são distribuídos desproporcionalmente entre os intocáveis, em regra privilegiando apenas sua parcela mais próspera⁴⁰², criando "benefícios mínimos para os mais necessitados, [além de] ressentimento e hostilidade ao máximo contra eles por parte de outros"⁴⁰³. Também os aspectos temporário e limitado dessas políticas afirmativas foram rapidamente esquecidos, "a ponto de ser aplicada, agora, no mínimo, a três quartos da população da Índia"^{404e405}. Observa o

³⁹⁷ Ibidem., p. 347.

³⁹⁸ Idem., pp. 348-9.

³⁹⁹ WEISSKOPF, Thomas E. Op. Cit., p. 30-1.

⁴⁰⁰ GALANTER, Marc. Op. Cit. p. 143.

⁴⁰¹ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 48.

⁴⁰² Idem.

⁴⁰³ Ibidem., p. 49.

⁴⁰⁴ Ibidem., p. 50.

⁴⁰⁵ VAKIL, A. K. Op. Cit., p. 16.

autor, ainda, que a utilização de padrões subjetivos tem sido utilizados em crescente progressão, sendo “claramente empregados como contrapesos para a produção dos mesmos resultados de representações de grupos que seriam alcançados com padrões discriminatórios explícitos”⁴⁰⁶, muitas vezes esbarrando na fralde pura e simples, como, por exemplo, mediante a adição de “pontos às notas dos candidatos menos afortunados ao ingresso nas universidades e subtraindo pontos daqueles mais afortunados”⁴⁰⁷.

Longe de fazer valer o ideal de igualdade firmado no preâmbulo constitucional, ardorosamente defendido por Ambedkar, os mais de setenta anos de políticas de discriminação positiva parecem ter reafirmado o sistema indiano de castas, gerando situações muitas vezes insólitas, como o conflito armado ocorrido em 2007 entre integrantes das castas meena e gujar, no Estado do Rajastão, em virtude do pleito formulados por estes últimos no sentido de que fossem rebaixados na classificação de castas – para, dessa forma, obter maiores benefícios estatais⁴⁰⁸. Esse retorno ao passado é bem representado pelo depoimento prestado pelo escritor, jornalista, diplomata e político indiano Shashi THAROOR:

No tempo de meus avôs, a casta governava suas vidas: eles comiam, casavam, viviam de acordo com as regras de casta. No tempo de meus pais, durante o movimento nacionalista, eles foram encorajados por Gandhi e Nehru a rejeitar a casta; nós renunciemos a nossos sobrenomes de casta e declaramos a casta uma desgraça social. Como resultado, quando cresci, eu não prestava atenção na casta; era algo irrelevante na escola, no trabalho, em meus contatos sociais; a última coisa na qual eu pensava era a casta de alguém com quem me encontrava. Agora, na geração de meus filhos, a roda completou um círculo inteiro. Casta é tudo, novamente. A casta determina suas oportunidades, perspectivas e promoções. Você não pode ir para a frente a não ser que seja "retardatário".⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 50.

⁴⁰⁷ Idem., p. 53.

⁴⁰⁸ MAGNOLI, Demétrio. Op. Cit., p. 296.

⁴⁰⁹ THAROOR, Shashi. Nehru: the invention of India. Nova York: Arcade Publishing, 2003, p. 238. *Apud* MAGNOLI, Demétrio. Op. Cit., p. 296.

3.3.3. Malásia⁴¹⁰

Embora o princípio da igualdade esteja consagrado no Artigo 8º da Constituição da Malásia – segundo o qual todas as pessoas são iguais perante a lei, com direito à igual proteção⁴¹¹ –, as sessões seguintes desse mesmo dispositivo expressamente negam esta afirmação inicial ao preverem a possibilidade de haver, sob expressa autorização constitucional, discriminação contra os cidadãos com base em sua raça, religião, ascendência, lugar de nascimento.

Já o Artigo 153 firma a necessidade de se "salvaguardar a posição especial dos malaios e os nativos e qualquer dos Estados de Sabah e Sarawak e os legítimos interesses de outras comunidades", autorizando ao Chefe de Estado da Malásia (*Yang di-Pertuan Agong*) a utilização, para tal fim, de "reserva de cotas" no serviço público, a concessão de bolsas de estudo e outros privilégios no ensino público.

Outro exemplo desse viés racial pode ser encontrado no artigo 160 da Constituição da Malásia, que definiu o "malaio" como sendo "uma pessoa que professa e religião muçulmana, habitualmente fala o idioma malaio e age conforme os costumes da malásia", nascidos na Federação ou em Singapura antes de 31 de agosto de 1957, ou filho de pais que ali nasceram ou estavam domiciliados na referida data⁴¹².

A divisão étnica hoje existente na Malásia é o fruto de, pelo menos, dois grandes equívocos históricos. O primeiro deles remonta aos censos coloniais britânicos que classificavam as pessoas em categorias religiosas que, com o tempo, desapareceram ou foram utilizadas como sinônimos de categorias raciais, em que o "muçulmano" passou a ser confundido com "malaio". Essa forma de pensar foi,

⁴¹⁰ A Malásia é um país localizado no sudeste da Ásia. De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), ocupava em 2011 a 61ª posição no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Sua população total, de quase 29 milhões de pessoas, excluindo-se os estrangeiros (8,2%), divide-se em três grandes grupos étnicos: Bumiputera ("filhos da terra") ou malaios (67,4%), chineses (24,6%) e indianos (7,3%), distribuídos em uma área de 328.600 km², dividida em três grandes regiões geográficas: a península da Malásia, Sabah e Sarawak. Informações disponíveis em: <<http://www.rrcap.unep.org/lc/cd/html/countryrep/malaysia/studyarea.html>>. Acesso em 13 de setembro de 2012.

⁴¹¹ Government of Malaysia. Judicial Appointments Commission. "Laws of Malaysia: Federal Constitution". Disponível em: <http://www.jac.gov.my/index.php/en/20100313-m-act695>>. Acesso em 15 de setembro de 2012.

⁴¹² Idem.

ainda, influenciada pelas teorias raciais de BLUMENBACH – mais tarde difundidas por Thomas RAFFLES a ponto de se tornarem um princípio da política colonial britânica –, que situavam os malaios ("marrons") em uma raça intermediária entre a "branca" e a "negra", o que se mostrou útil como argumento contrário à divisão dos territórios entre britânicos e holandeses⁴¹³. Segundo equívoco foi não considerar "nativos" os descendentes dos indianos e chineses cujos antepassados imigraram para a Malásia a partir de meados do século XIX, concedendo-lhes, assim, tratamento diverso daquele dispensado aos imigrantes de Java, Sumatra e outras partes da Indonésia (então sobre o jugo holandês), que ali chegaram no mesmo período histórico, apenas porque compartilhavam uma semelhante organização sócio-religiosa⁴¹⁴. Essa discriminação obedecia a um critério nitidamente político-ideológico, na medida em que também buscava "ocultar a presença dos chineses étnicos na península malaia e nos arquipélagos do sudeste asiático bem antes do início da dominação britânica"⁴¹⁵.

Os chineses e indianos foram sistematicamente discriminados desde o período de dominação britânica, sendo-lhes negado não apenas o sistema educacional gratuito, fornecido aos filhos dos malaios – situação que não se alterou muito no século XX⁴¹⁶ –, como também o acesso aos postos de trabalho no serviço público. Nada obstante, o fato de os imigrantes terem aceitado os trabalhos pesados nos vários setores econômicos ligados ao mercado europeu – em regra, recusados pelos malaios, proprietários das terras – somado ao melhor desempenho acadêmico dos filhos dos chineses, fez com que estes, anos mais tarde, não apenas progredissem economicamente pelo estabelecimento de pequenos e, depois, grandes empreendimentos, como também lhes permitiu ocupar os cargos mais especializados do funcionalismo colonial⁴¹⁷.

Com o fim da ocupação Japonesa ocorrida durante a Segunda Guerra Mundial, os Britânicos estabeleceram em setembro de 1945 uma administração militar provisória, substituída, no ano seguinte, por um governo civil. Com o objeto de se anteciparem aos movimentos anticoloniais em curso na Indonésia e no Vietnã,

⁴¹³ MAGNOLI, Demétrio. Op. Cit., pp. 300-1.

⁴¹⁴ HOOKER, Virginia Matheson. *Short History of Malaysia: linking east and west*. Australia: Allen & Unwin, 2003, pp. 25-6.

⁴¹⁵ MAGNOLI, Demétrio. Op. Cit., p. 303.

⁴¹⁶ HOOKER, Virginia Matheson. Op. Cit., pp. 172-3.

⁴¹⁷ SOWELL, Thomas. Op. Cit., pp. 56-8.

deram início às tratativas com a finalidade de colocarem em prática os planos formulados ainda durante a guerra e que resultaram, em 1º de fevereiro de 1948, na criação de uma nova federação conhecida como *TanahMelayuPersatuan* (Federação da Malásia), o que importou em uma vitória parcial para os Britânicos, uma vez que não conseguiram assegurar direitos iguais para todos os cidadãos do novo Estado⁴¹⁸.

Os anos que se seguiram ao pós-guerra foram marcados pelos problemas concernentes às questões de longo prazo, tais como a situação dos não malaios, a pobreza e o subdesenvolvimento, a relação com o movimento nacionalista na Indonésia e ideologias concorrentes que resultaram, no fim da década de 1950, na polarização da comunidade política em diversos grupos com matizes ideológicas das mais diversas.

Sinal do mal estar inter-racial existente foi a decisão tomada em 9 de agosto de 1965 de expulsar Singapura – cidade de população majoritariamente chinesa^{419e420}, anexada a Federação Malaya em 16 de setembro de 1963 –, que, assim, voltou à sua condição anterior de cidade-estado⁴²¹. Essa situação continuou a se deteriorar nos anos seguintes, culminando, em maio de 1969, com uma séria de revoltas populares em Kuala Lumpur, durante as comemorações da vitória eleitoral da aliança formada por dois novos partidos criados pouco anos antes sob a bandeira da igualdade de direitos – o *DemocraticActionParty* (DAP), em 1966, e o *Gerakan* (*GerakanRakyatMalaysia*, ou Movimento Popular da Malásia), em 1968 –, que ao final contabilizaram oficialmente 177 mortos, 340 feridos e 5.750 presos⁴²².

Na esteira desses acontecimentos, rápidas mudanças na área econômica e política ocorreram. Em outubro de 1969 foi criado o *NationalConsultativeCouncil* (NCC), integrado por representantes de vários segmentos da sociedade (político, social, religioso e econômico), a fim de discutir questões que pudessem assegurar a paz e a unidade da Malásia. Também foi estabelecida uma censura acerca de temas considerados "sensíveis" – cidadania, privilégios especiais para os malaios e os povos nativos da Sabah e Sarawak, a posição dos governantes Malaios e o papel do

⁴¹⁸ HOOKER, Virginia Matheson. Op. Cit., pp. 185-8.

⁴¹⁹ Idem, p. 304.

⁴²⁰ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 59.

⁴²¹ HOOKER, Virginia Matheson. Op. Cit., pp. 224-5 e 230.

⁴²² Idem, pp. 230-1.

malaio como a única língua nacional. Além disso, houve a substituição da Aliança por uma coalizão política mais abrangente conhecida por *Barisan Nasional* (Frente Nacional)⁴²³, que desde então vem governando a Malásia, sempre assegurando "a eleição de malaios étnicos para a chefia de governo"⁴²⁴.

Embora teoricamente os malaios, os *Orang Asli* (povos que ocupavam a península malaia muito antes dos outros povos) e os habitantes nativos de Sabah e Sarawak sejam igualmente "indígenas", na prática são os malaios e alguns dos povos indígenas daquelas ilhas que se beneficiam das vantagens econômicas estabelecidas em favor do *Bumiputera* ("filhos da terra").

A separação dos cidadãos malaios em classes distintas é anotada por MAGNOLI, asseverando que nesse sistema os *Bumiputeras* correspondem a uma "raça" específica, composta por um elemento "natural" – a ancestralidade malaia –, e outro religioso – a fé islâmica⁴²⁵.

As medidas de proteção aos malaios foram acentuadas, a partir de 1969, com a instituição do NEP (*New Economic Policy*, ou Nova Política Econômica) – posteriormente substituído, a partir de 1990, pela Política de Desenvolvimento Nacional –, atuante em várias frentes: na educação, concessão de bolsas de estudos; no mercado, a expansão das contratações preferenciais de malaios, até então restritas ao serviço público, à iniciativa privada; na economia, concessão de créditos governamentais, celebração de contratos públicos e fixação de quotas mínimas na participação acionária de empresas privadas⁴²⁶.

SOWELL chama à atenção o fato de que alguns programas adotados na Malásia, oficialmente destinados ao desenvolvimento dos *bumiputeras*, indiretamente foram causa de efetivo prejuízo para a população de origem chinesa e indiana, dificultando seu progresso acadêmico ao impedir a utilização do inglês nas escolas, o que levou a uma rápida redução do número de matrículas de estudantes chineses na Universidade da Malásia nos anos de 1970⁴²⁷. Uma década depois essas políticas foram gradualmente revistas em face da constatação do declínio

⁴²³ Ibidem., p. 283.

⁴²⁴ MAGNOLI, Demétrio. Op. Cit., p. 303.

⁴²⁵ Idem., p. 301

⁴²⁶ FULLER, Thomas. *Malaysia Dilutes Its System of Ethnic Preferences*. The New York Times. Edição de 30/6/09. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/07/01/world/asia/01malaysia.html>>. Acessado em 5/10/11.

⁴²⁷ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 64.

crescente de profissionais qualificados nas áreas ciência, tecnologia e medicina, culminando com a reintrodução do inglês nas universidades e do sistema de mérito individual, embora com critérios diferentes para os estudantes malaios⁴²⁸.

Assim como ocorrido na Índia, afirma SOWELL que também na Malásia os maiores beneficiados foram aqueles que compunham a parte mais afortunada dos cidadãos alvos das ações afirmativas, e que as políticas preferenciais, conquanto concebidas para serem temporárias, vêm se perpetuando⁴²⁹. Outro grande problema narrado pelo economista reside no fato de que o padrão educacional nas universidades declinou, não apenas em virtude da “indiferença” dos alunos com ingresso preferencial, sem compromisso com a obtenção de bom desempenho⁴³⁰, mas também na substituição do critério do mérito individual para contratação de professores, que passaram a se basear na filiação a grupos⁴³¹, o que provocou a evasão para o exterior daqueles profissionais mais bem qualificados e que foram sistematicamente mantidos fora das universidades⁴³².

3.3.4. Sri Lanka⁴³³

Assim como na Índia, os acontecimentos desencadeados a partir do início da colonização europeia deixaram profundas marcas no Sri Lanka.

As sucessivas levas de europeus que chegaram ao antigo reino do Ceilão a partir de século XVI – portugueses (1597-1658), holandeses (1658-1796) e ingleses (1658-1948) –, encontram dois grupos étnicos distintos e milenares: os cingaleses e

⁴²⁸ *Ibidem.*, p. 65.

⁴²⁹ *Ibidem.*, pp. 73-4;

⁴³⁰ *Ibidem.*, p. 74.

⁴³¹ *Ibidem.*, p. 75.

⁴³² *Ibidem.*

⁴³³ O Sri Lanka é uma ilha localizada no Oceano Índico, ao sul do subcontinente indiano. Segundo o Relatório do Desenvolvimento Humano, da Organização das Nações Unidas, ocupava em 2011 a 97ª posição no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), contando com uma população multiétnica e multirreligiosa de aproximadamente de 18,5 milhões de habitantes – cingaleses (74%), tâmeis do Sri Lanka (12,6%), tâmeis indianos (5,5%), mouros, malaios, burgueses (de ascendência portuguesa e holandesa) e outros (7,9%), divididos em budistas (69%), Hindus (15%), Muçulmanos (8%) e cristãos (8%) –, distribuídos em uma área total de 65.610 km² quadrados. Disponível em: <<http://hdrstats.undp.org/en/countries/profiles/IND.html>>. Acessado em 3/12/12. Vertambém: UYANGODA, Jayadeva. *Ethnic Conflicts in Sri Lanka: Changing Dynamics*. Policy Studies 32. Washington D.C.: East-West Center Washington, 2007, p. 67.

os tâmeis⁴³⁴, estes últimos subdivididos, a partir do século XIX, em dois grupos distintos: os *tâmeis do Ceilão*, que já se encontravam no território quando da chegada dos colonizadores, e os *tâmeis da Índia*, assim chamados porque foram trazidos pelos britânicos das terras que hoje correspondem aos modernos estados indianos de Kerala, Karnataka e Andhra Pradesh, para trabalharem nas plantações de café e chá das terras altas^{435e436}.

Como na Índia, os britânicos se viram diante de uma população nativa extremamente heterogênea em seus idiomas, costumes e religiões. Fiéis ao pensamento científico então vigente, os colonizadores enxergaram essas diferenças como marcadores raciais, o que rapidamente foi incorporado aos seus sentidos demográficos: tâmeis do “Ceilão” e da “Índia”, cingaleses das “terras altas” e das “terras baixas”, “mouros” (ou muçulmanos) do “Ceilão” e da “Costa”, veddas, vagas, mukkuvars, rodiyas, burgueses “holandeses” e “portugueses”, malaios, eurásianos e europeus⁴³⁷.

Essa classificação também gerou consequências de ordem jurídica, pois os britânicos resolveram organizar o sistema político e legal em bases raciais⁴³⁸, o que resultou na divisão administrativa da ilha em territórios cingaleses e tâmeis, conforme o idioma predominante em cada um deles. As escolas, em sua maioria, ministravam as aulas nas línguas locais, à exceção de uma pequena elite educada em inglês⁴³⁹.

Conquanto ocupassem a região mais pobre ao norte da ilha, destituída das terras férteis e dos recursos naturais presentes no território dos cingaleses ao sul, os tâmeis souberam aproveitar bem as oportunidades educacionais criadas com a instalação das escolas missionárias cristãs inglesas, e em especial com a escola missionária americana na região norte. Isso porque a ênfase na matemática e nas ciências permitiu-lhes ocupar postos de trabalho de maior nível tecnológico, tais

⁴³⁴ NISSAN, Elizabeth. STIRRAT, R. L. *The generation of communal identities. In Sri Lanka: History and the Roots of Conflict*. SPENCER, Jonathan (Editor). London and New York: Routledge, 1990, p. 20.

⁴³⁵ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 81.

⁴³⁶ FAIR. C. Christine. *Urban Battle Fields of South Asia: Lessons Learned from Sri Lanka, India, and Pakistan*. Santa Monica, CA: Rand Corporation, 2004, p. 17.

⁴³⁷ NISSAN, Elizabeth. STIRRAT, R. L. Op. Cit., p. 27.

⁴³⁸ Idem., p. 28.

⁴³⁹ Ibidem., p. 29.

como a engenharia e medicina^{440e441}. Outro grupo beneficiado pelo contato próximo com os colonizadores foi o grupo de cingaleses denominados *burgueses*, em grande parte constituída por mestiços de ascendência holandesa, pois passaram a dominar o idioma inglês muito antes que os cingaleses e os tâmeis⁴⁴².

A demora na unificação do território sob uma mesma autoridade política, ocorrida apenas com os britânicos, também fez com que as diferentes regiões do país experimentassem a ocidentalização em momentos e graus diversos⁴⁴³, beneficiando os grupos de cingaleses localizados nas terras planas, que puderam travar contato com seus colonizadores mais rápido e por mais tempo que os cingaleses das terras altas. A contribuição britânica mostrou-se especialmente importante, pois como afirmam NISSAN e STIRRAT:

[...] As autoridades coloniais britânicas no Sri Lanka estavam comprometidas com os valores liberais do século XIX e acreditavam estar envolvidos em um processo civilizatório. A introdução de ideias sobre o indivíduo, sobre os direitos de propriedade privada, e sobre os vários aspectos da sociedade moderna, que Weber chamou de burocratização e racionalização foi parte desse processo.⁴⁴⁴

Com a chegada do século XX os conflitos já existentes entre tâmeis e cingaleses aumentaram, influenciados por problemas de ordem política e econômica. Na esfera política, discutia-se qual sistema de direitos deveria ser construído: se comunitário ou universal. Os cingaleses, que eram maioria, apoiavam um “Estado Moderno” cuja base seria a igualdade de direitos, o voto universal e os direitos individuais. A minoria tâmil, por sua vez, criticava essa proposta por considerá-la discriminatória, exigindo um sistema eleitoral que levasse em consideração as diferenças raciais e culturais. Os britânicos, fiéis às suas tradições políticas, acabaram por estabelecer um Estado unitário em que a representação comunitária foi descartada, na esperança de que as divergências se dissipariam. A crise econômica nas décadas de 1920 e 1930, que provocou altos níveis de

⁴⁴⁰ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 80.

⁴⁴¹ DE SILVA, K. M. Affirmative Action Policies: The Sri Lankan Experience. *In* Ethnic Studies Report, Vol. XV, No. 2, July 1997, p. 249.

⁴⁴² SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 81.

⁴⁴³ *Idem.*, p. 80.

⁴⁴⁴ NISSAN, Elizabeth. STIRRAT, R. L. Op. Cit., p. 27. Trad. Livre do autor.

desemprego, fez como que a maioria cingalesa passasse a pleitear o repatriamento dos *tâmeis à Índia*⁴⁴⁵.

Com a independência em 1948, e diante do silêncio dos *tâmeis do Ceilão*, um dos primeiros atos do novo governo foi privar os *tâmeis da Índia* de seus direitos, sob o argumento de que efetivamente seriam estrangeiros. Essa primeira fase, que perdurou até 1956, foi marcado pela continuidade do sistema de governo adotado no período colonial. Manteve-se o Inglês como língua oficial do governo, pois o parlamento era controlado por uma elite que recebeu uma educação ocidental, bem diferente da massa da população⁴⁴⁶.

Como já afirmado, o domínio do inglês e o maior nível de ocidentalização dos cingaleses e dos *tâmeis do Ceilão*, desde o período colonial e após a independência, assegurou-lhes uma vantagem tanto na educação quanto no mercado de trabalho⁴⁴⁷. Dessa forma, foi natural que os grupos étnicos que não conseguiram alcançar um padrão semelhante de desenvolvimento comesçassem a reivindicar a criação de cotas no serviço público e a adoção de uma “língua própria” – na verdade duas, pois cada um dos grupos de *tâmeis* possuía seu idioma próprio – nos assuntos de Estado, em detrimento ao uso do inglês^{448e449}.

Abraçada a partir de 1951 por SolomonBandaranaike – falante do inglês, educado em Oxford e dissidente do governo que passara para a oposição –, a causa da “língua única” em poucos anos foi abandonada em favor do pleito de “somente o cingalês”. Em 1956, após ser alçado ao cargo de Primeiro-Ministro, Bandaranaike implantou o cingalês como idioma oficial do Sri Lanka, de uso obrigatório não apenas nas comunicações de Estado, mas também nas relações entre este e empresas e outras instituições^{450e451}.

No campo da educação, foram estabelecidas políticas de preferência em favor dos cingaleses – fixação de critérios inferiores de classificação, bem como a adoção dos idiomas locais no processo de seleção das universidades, outrora apenas em Inglês. Mesmo assim, a minoria tâmil, que na década de 1960 ocupava

⁴⁴⁵ Idem., pp. 32-3.

⁴⁴⁶ Ibidem., p. 34.

⁴⁴⁷ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p.82.

⁴⁴⁸ Idem., p. 84.

⁴⁴⁹ NISSAN, Elizabeth. STIRRAT, R. L. Op. Cit., p. 34.

⁴⁵⁰ SOWELL, Thomas. Op. Cit., pp. 85-6.

⁴⁵¹ NISSAN, Elizabeth. STIRRAT, R. L. Op. Cit., p. 35.

algo em torno de 48% e 49%, respectivamente, das vagas de engenharia e medicina⁴⁵², na década de 1970 ainda detinha aproximadamente 35% das admissões para as faculdades de ciência e 45% para as faculdades de engenharia e medicina⁴⁵³.

Segundo K. M. de Silva, “[e]sta mudança fundamental e unilateral na política de admissão nas universidades marcou o abandono do princípio do mérito e a introdução de um sistema de ação afirmativa”⁴⁵⁴. Ainda em suas palavras:

[...] a nova política de admissões nas universidades tornou-se um fator importante na deterioração das relações étnicas na ilha na década de 1970, porque contribuiu para a alienação da juventude dos Tâmeis do norte e leste da ilha. O novo esquema de admissão foi visto como um sistema extremamente injusto, deliberadamente concebido para colocá-los em desvantagem na competição, que aumentou em relação às faculdades das áreas das ciências.⁴⁵⁵

No intuito de aumentar a participação dos cingaleses nas áreas científicas, também foi estabelecido pelo governo um sistema denominado “padronização”, por meio do qual os estudantes, antes avaliados por suas notas reais, passaram a receber notas “padronizadas”, calculadas com base no seu grau relativo a outros estudantes do mesmo grupo étnico⁴⁵⁶. A premissa utilizada pelos idealizadores desse sistema era a de que a diferença de desempenho entre cingaleses e tâmeis seria atribuída às diferentes condições de aprendizagem a que estariam submetidos, motivo pelo qual essa padronização atenuaria o efeito da desigualdade⁴⁵⁷.

Pouco depois foi adotado um sistema de cotas, a serem definidas proporcionalmente à população de cada distrito. Tal sistema, alerta SOWELL, seria um subterfúgio para a fixação de cotas de origem étnica, uma vez que as populações tâmeis e cingalesas se concentravam em distritos separados⁴⁵⁸. Ao contrário do que até então ocorrera, esse novo sistema efetivamente fez com que o

⁴⁵² SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 86.

⁴⁵³ DE SILVA, K. M. Op. Cit. p. 249.

⁴⁵⁴ Idem., p. 249.

⁴⁵⁵ Ibidem., p. 250.

⁴⁵⁶ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 88.

⁴⁵⁷ DE SILVA, K. M. Op. Cit. p. 251.

⁴⁵⁸ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 88.

número de estudantes tâmeis declinasse em relação às vagas nas áreas científicas: de aproximadamente 35% em 1970 para 20,9% em 1974 e 19% em 1975^{459e460}.

A partir de 1978, com a mudança de governo, a “padronização” foi abandonada. O sistema de admissão por mérito, contudo, continuou a ser híbrido: 30% das vagas possuíam destinação universal; 55% reservadas a 24 (vinte e quatro) distritos administrativos; e os 15% restantes a 12 (doze) distritos específicos, considerados educacionalmente mais desfavorecidos, posteriormente aumentados para 13 (treze) em 1980. Em 1985, nova alteração de critérios: as cotas distritais foram aumentadas para 65%, enquanto o número de distritos “atrasados” foi reduzido para apenas 5 (cinco), juntamente com o número de vagas a eles reservadas, também 5%⁴⁶¹. A partir de 1990, esses distritos foram novamente aumentados para 12 (doze)⁴⁶². Esses critérios, embora possam ter sofrido pequenas modificações no que concerne ao número de vagas e distritos “atrasados”, permanece válido nos dias atuais⁴⁶³.

Em parte oriundo do processo de reafirmação de uma identidade nacional baseada em uma identidade cingalesa-budista⁴⁶⁴, o inconformismo dos tâmeis, inicialmente demonstrado nas exigências de utilização do idioma próprio das comunicações oficiais e de certa autonomia em seus respectivos territórios, em pouco tempo evoluiu para o desejo de um país próprio e independente. O despreparo das autoridades para lidar com tais questões, somado ao crescente descontentamento dos tâmeis, acabou por debandar para a violência explícita, tendo ocorrido sangrentos tumultos nos anos de 1956, 1958, 1978, 1981 e 1983, este último marcado por uma diáspora de milhares de tâmeis indianos em direção à Índia e outros países do ocidente^{465e466}.

No campo político, assim como ocorrido na Malásia, os partidos políticos começaram a se organizar a partir de uma ideal étnico. Primeiro com a coalização

⁴⁵⁹ DE SILVA, K. M. Op. Cit. p. 251

⁴⁶⁰ Idem., pp. 252-54.

⁴⁶¹ Ibidem. pp. 260-1.

⁴⁶² Ibidem., p. 267.

⁴⁶³ Nesse sentido, ver os critérios impostos pela Universidade de Colombo. http://www.cmb.ac.lk/?page_id=151. Acessado em 14/12/11.

⁴⁶⁴ TENNEKOON, Serena. *Newspaper nationalism: Sinhala identity as historical discourse*. In Sri Lanka: History and the Roots of Conflict. SPENCER, Jonathan (Editor). London and New York: Routledge, 1990, p. 205.

⁴⁶⁵ UYANGODA, Jayadeva. Op. Cit., p. 67.

⁴⁶⁶ NISSAN, Elizabeth. STIRRAT, R. L. Op. Cit., pp. 35-6.

liderada por SolomonBandaranaike, cujo principal mote, como já falado, era a institucionalização do cingalês como língua oficial⁴⁶⁷. Já em 1976 foi criado o *Tamil United Liberation Front* (TULF), cuja plataforma era a independência total para as áreas tâmeis do Sri Lanka⁴⁶⁸.

O fim da década de 1970 também foi palco do nascimento de lideranças tâmeis extremadas que se utilizavam da violência como forma de pressão, e que deram origem ao grupo guerrilheiro denominado *LiberationTigersofTamilEalam*(LTTE) – os Tigres Tâmeis –, posteriormente declarado como sendo uma organização terrorista⁴⁶⁹. A espiral de violência que envolveu o país rapidamente tomou ares de uma verdadeira guerra civil⁴⁷⁰, chegando ao ponto de a Índia ter que intervir militarmente, com o envio de mais de cinquenta mil soldados para o norte de Sri Lanka em uma missão que, não obstante de paz, também foi marcada por desmedida brutalidade, que, por sua vez, provocou a criação de grupos terroristas cingaleses que rejeitavam os esforços de paz na mesma medida que seus correspondentes tâmeis⁴⁷¹.

Esses acontecimentos alertaram as autoridades para a necessidade de dar um basta na violência, o que resultou na alteração da Constituição de 1978 para reconhecer os direitos de idioma dos tâmeis. A partir de sua 13ª Emenda, foi adotado um sistema trilingue, em que o cingalês e o tâmil assumem a posição de idiomas oficiais e nacionais⁴⁷² e o inglês de idioma de “conexão” ou “ligação”⁴⁷³. Os idiomas nacionais, entretanto, ainda têm posição privilegiada, porquanto além de uso obrigatório no Parlamento e pelas Autoridades nacionais⁴⁷⁴, prevalecem em diversas outras situações oficiais. Especificamente na área da educação, há uma ressalva em favor das Instituições de Ensino Superior, que estão autorizadas a eleger o Inglês como idioma de instrução⁴⁷⁵.

⁴⁶⁷ Idem., p. 35.

⁴⁶⁸ Ibidem., p. 37.

⁴⁶⁹ Ibidem., p. 37.

⁴⁷⁰ SOWELL, Thomas. Op. Cit. p. 89.

⁴⁷¹ Idem., p. 91.

⁴⁷² Government of Sri Lanka. “*The Constitution of Sri Lanka*”. Artigo 18, Seções [1] e [2], e 19. In http://www.priu.gov.lk/Cons/1978Constitution/Chapter_04_Amd.html. Acessado em 15/12/11.

⁴⁷³ Idem. Artigo 18, Seção [3].

⁴⁷⁴ Ibidem. Artigos 20, 22, 23 e 24.

⁴⁷⁵ Ibidem. Artigo 21, Seção [2].

SOWELL relata, entretanto, que tais medidas não teriam sido suficientes para reestabelecer a relativa harmonia anteriormente existente no Sri Lanka, tendo a guerra civil continuado nos anos seguintes. Acrescenta o autor que talvez “o fato mais pernicioso de todos tenha sido a criação de organizações extremistas de assassinos tanto entre cingaleses quanto entre os tâmeis”⁴⁷⁶, que tinham especial interesse “na continuação do conflito e dispostas a matar os que desejassem a reconciliação”⁴⁷⁷.

O fim de suas pesquisas, concluiu SOWELL que a história de Sri Lanka “representa a mais clamorosa, trágica e dolorosa refutação à arraigada suposição de que é possível controlar o curso dos eventos – suposição implícita nas políticas de ação afirmativa ao redor do mundo”⁴⁷⁸, pois a situação geral de todos os grupos sociais apenas piorou, em face das “sublevações raciais, guerra civil, atrocidades, terror difundido e assassinatos dos líderes nacionais do país”⁴⁷⁹.

3.3.5. Estados Unidos da América

Muito já se falou e escreveu a respeito dos acontecimentos que levaram à emancipação das antigas treze colônias britânicas no fim do século XVIII e à criação dos Estados Unidos da América, assim como em relação ao longo caminho trilhado por aquela jovem nação até os dias atuais⁴⁸⁰.

Embora não seja o caso de novamente visitar tal história em detalhes, faz-se necessário contextualizar a luta pelos direitos civis dos negros nos EUA para, em

⁴⁷⁶ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 92.

⁴⁷⁷ Idem., p. 92.

⁴⁷⁸ Ibidem., pp. 92-3.

⁴⁷⁹ Ibidem., p. 93.

⁴⁸⁰ Nesse sentido: APTHEKER, Herbert. Uma nova história dos Estados Unidos: a era Colonial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967. BRADBURY, Malcon; TEMPERLEY, Howard. Introdução aos estudos Americanos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, s/d. BURNS, W. Haywood. The voices of negro protest in America. Reprinted of the first printed. London: OxofordUniversity Press, 1964. JUNQUEIRA, Mary A. Estados Unidos: a consolidação da Nação. São Paulo: Contexto, 2001. KARNAL, Leandro et alii. História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2008. PAIXÃO, Cristiano. BIGLIAZZI, Renato. História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Finatec, 2008.

seguida, ser possível realizar o devido contraste entre o modelo americano de políticas afirmativas e o sistema pretendido para o Brasil.

3.3.5.1. Uma nação dividida

Segundo Raymundo FAORO, as disparidades de ordem política, econômica e sociais verificadas no fim da idade média e início da contemporânea entre Portugal e Inglaterra – aquele um estado patrimonial por excelência, enquanto esta se desenvolvia sobre as cinzas do feudalismo –, contribuíram de forma decisiva para o destino de suas colônias no decorrer do século XX. Para o autor:

[...] Os países revolvidos pelo feudalismo, só eles, na Europa e na Ásia, expandiram uma economia capitalista, de molde industrial. A Inglaterra, com seus prolongamentos dos Estados Unidos, Canadá e Austrália, a França, a Alemanha e o Japão lograram, por caminhos diferentes, mas sob o mesmo fundamento, desenvolver e adotar o sistema capitalista, integrando nele a sociedade e o Estado. A península Ibérica, com suas florações coloniais, os demais países desprovidos de raízes feudais, inclusive os do mundo antigo, não conheceram as relações capitalistas, na sua expressão industrial, íntegra. A coincidência é flagrante e, vista da perspectiva desta última metade do século XX, será capaz de provocar a revisão da tese de Max Weber, que vinculou o espírito capitalista à ética calvinista.⁴⁸¹

As diferenças são observadas a partir dos modelos diversos de colonização utilizados nos territórios conquistados ao sul e ao norte da linha do equador: no Brasil, tratou-se de um “expediente ou artifício para consolidar as bases comerciais”⁴⁸², que não “visava à transmigração, segundo o modelo futuro da América setentrional e saxônica, mas a reforçar um baluarte contra as investidas ao monopólio das conquistas”⁴⁸³. Outra questão relevante refere-se às origens da escravidão: desde sempre uma necessidade no Brasil, decorrente da pouca disponibilidade de mão-de-obra vinda da Metrópole portuguesa⁴⁸⁴ – o que favoreceu

⁴⁸¹ FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3ª ed., São Paulo: Globo, 2001, pp. 40-1.

⁴⁸² Idem., p. 131.

⁴⁸³ Ibidem.

⁴⁸⁴ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., p. 48.

a miscigenação⁴⁸⁵ –, nas colônias britânicas ela foi inicialmente relegada a segundo plano, na medida em que o excesso populacional nas cidades inglesas fez com que a emigração, mais do que apenas desejada, fosse incentivada pelo Estado, senão muitas vezes patrocinada – em troca do custeio de sua passagem, muitos ingleses tornavam-se servos voluntários^{486e487}.

A preferência pela mão-de-obra escrava nas colônias inglesas, em especial as do sul, se acentuou rapidamente a partir década de 1640^{488e489}, não por coincidência, mas pelo fato de que possuíam um sistema econômico similar ao das colônias portuguesas, cujos principais elementos eram, além da própria escravidão, o pacto colonial, o latifúndio e a monocultura, diferentemente do perfil econômico que se delineava das colônias ao norte, com prevalência do comércio, da indústria e de pequenas propriedades rurais⁴⁹⁰. Com o passar do tempo, explica Vitor IZECKSOHN:

[...] Essa divisão geográfica levou a uma crescente diferenciação nos níveis de desenvolvimento econômico, do grau de liberdade, da escala de valores e da capacidade de cada região para elaborar, desenvolver e aplicar novas tecnologias aos seus ambientes. No longo prazo esta divisão também permitiu a edificação de visões divergentes sobre o papel do governo, da divisão de poderes e do próprio exercício da democracia em cada uma das regiões.⁴⁹¹

Os anos que antecederam a eclosão da Guerra Civil foram marcados por uma crescente tensão política entre os estados do norte e do sul, em que a temática escravista sempre ocupava papel de destaque. O sul não apenas permanecia na defesa intransigente da escravidão, mas também demandava seu incremento através da reabertura do tráfico internacional e, principalmente, pela expansão

⁴⁸⁵ FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. Apresentação Fernando Henrique Cardoso. 51ª ed., rev., São Paulo:Global, 2006, pp. 74-5.

⁴⁸⁶ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., pp. 127-8.

⁴⁸⁷ KARNAL, Leandro et alii. Op. Cit., pp. 44-5.

⁴⁸⁸ Idem., p. 63.

⁴⁸⁹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., p. 128.

⁴⁹⁰ PAIXÃO, Cristiano. BIGLIAZZI, Renato. Op. Cit., p. 94.

⁴⁹¹ IZECKSOHN, Vitor. Escravidão, federalismo e democracia: A luta pelo controle do Estado nacional norte-americano antes da Secessão, p. 47. Topoi. Revista semestral do Programa de Pós-graduação em História Social da UFRJ nº 6 Jan.-Jun. de 2003, Vol. 04. Disponível em: <http://www.revistatopoi.org/numeros_anteriores/Topoi06/topoi6a2.pdf>. Acessado em 10/4/13.

territorial, o que veio a ocorrer na década de 1840 com a anexação de uma grande parte do México⁴⁹².

Um dos primeiro acordos firmados entre as duas facções políticas foi o *Acordo do Mississippi*, em 1820, por meio do qual escravagistas e não escravagistas delimitaram uma fronteira para a utilização da mão-de-obra escrava. Duas décadas depois foi celebrado o *Compromisso de Missouri*, segundo o qual a escravidão ficaria limitada aos estados situados ao sul do paralelo 36°40' – o que deu oportunidade aos abolicionistas de incentivarem a fuga dos escravos em direção ao norte para que se tornassem livres⁴⁹³. O *Acordo do Mississippi* foi revisto três décadas depois, com a promulgação da Lei dos Escravos Fugidos, trazendo inovações muito contestadas: a adoção de uma concepção de autodeterminação e soberania popular que assegurou a cada estado o direito de decidir sobre a adoção ou não de mão-de-obra escrava, mediante *referendum* popular; a autorização para que senhores de escravo sulistas, sob a proteção de Comissários Federais, pudessem capturar seus escravos foragidos residentes no norte; e a retirada da jurisdição dos tribunais do norte para que julgassem demandas referentes à defesa dos escravos capturados⁴⁹⁴.

Todo esse processo resultou em um realinhamento partidário entre as forças descontentes do Norte que culminou com a criação do Partido Republicano em 1858, fruto da aliança entre pequenos e médios proprietários de terras e grandes comerciantes e industriais, unidos por um programa de intervenção do Estado na economia, marcado pela expansão da indústria e da agricultura livre de escravos, pela adoção de tarifas protecionistas para a indústria, e por uma profunda aversão ao poder sulista, considerado desagregador para a nação⁴⁹⁵.

A crescente desagregação do sistema político-partidário na década de 1850 não demorou a se refletir também no Poder Judiciário, que se mostrou mais próximo do ideário sulista, como ficou expresso pela decisão proferida pela Suprema Corte americana no caso *Dred Scott v. Sandford*⁴⁹⁶.

⁴⁹² Idem., pp. 63-4.

⁴⁹³ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., pp. 128-9.

⁴⁹⁴ IZECKSOHN, Vitor. Op. Cit., pp. 64-5.

⁴⁹⁵ Idem., pp. 65-6.

⁴⁹⁶ 60 U.S 393 (1857)

Nascido na Virgínia em 1799, Dred Scott era um escravo negro de Saint Louis, Missouri, Estado escravocrata, que acompanhara seus donos para Illinois e, posteriormente, para Wisconsin, áreas onde a escravidão havia sido abolida. Após a morte de seu dono, em 1843, Dred continuou a trabalhar para a viúva, mesmo após retornarem para o Missouri, em 1846. Objetivando ver reconhecida sua condição de homem livre, ele ingressou em juízo, tendo por fim obtido sentença favorável à sua pretensão, três anos depois. Movido pelo interesse em levantar para si os depósitos judiciais referentes aos salários devidos a Dred, John Sanford⁴⁹⁷ apelou à Corte Estadual na condição de gestor dos interesses de sua irmã, obtendo uma decisão favorável. A questão foi levada à Suprema Corte que, por uma maioria de sete votos a dois, negou provimento ao recurso.

A importância desse caso reside não apenas nele ter sido abordado o problema da definição do *status* dos territórios em relação à escravidão – o Tribunal entendeu que a concessão da cidadania às pessoas negras, por alguns dos estados, não lhes assegurou a cidadania norte-americana, o que importou, conseqüentemente, na impossibilidade de postularem qualquer pleito perante o Poder Judiciário Federal⁴⁹⁸ –, mas também porque, ao declarar a inconstitucionalidade do Compromisso de Missouri, por violação ao direito de propriedade consagrado na Constituição Federal, pela primeira vez a Suprema Corte fez uso da doutrina de controle de constitucionalidade das leis estaduais, elaborada no julgamento do caso *Marbury v. Madison* quase cinquenta anos antes⁴⁹⁹.

A repercussão desse julgamento foi explorada pelo Partido Republicano nas campanhas eleitorais dos anos seguintes, contribuindo para a eleição de Abraham Lincoln para Presidente da República em 1860, que, por sua vez, desencadeou um processo de radicalismo que culminou com a proclamação de independência da Carolina do Sul em 20 de dezembro de 1860, seguida por Geórgia, Alabama, Flórida, Mississippi, Louisiana, Virgínia e Texas, os quais fundaram, em 8 de fevereiro

⁴⁹⁷ Trata-se do sobrenome correto, que foi grafado errado nos autos do processo por erro de um funcionário da Suprema Corte. Nesse sentido: MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., p. 69, nota de rodapé nº 9.

⁴⁹⁸ IZECKSOHN, Vitor. Op. Cit., pp. 67-8.

⁴⁹⁹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., p. 132.

de 1861, os Estados Confederados da América, tendo como Presidente Jefferson Davis e Vice-Presidente Alexander Stephens⁵⁰⁰.

A guerra anunciada estourou em 12 de dezembro de 1861, com um ataque das forças confederadas ao forte Sumter⁵⁰¹, na Carolina do Sul, pondo fim às esperanças nutridas pelos estados do Norte quanto a uma possível solução política para o conflito⁵⁰². Em maior número de homens, mais bem armado e com uma capacidade logística superior⁵⁰³, o Norte conseguiu impor sua vitória sobre os sulistas, cuja rendição foi assinada em 9 de abril de 1865⁵⁰⁴. Apesar do grande número de vidas perdidas⁵⁰⁵, a secessão dos estados sulistas foi paradoxalmente benéfica para o fortalecimento dos Estados Unidos da América, pois “a desunião permitiu a identificação do partido Republicano com o estado central, levando a um crescimento maciço da autoridade governamental no Norte nos anos seguintes”⁵⁰⁶, situação inalterada após a reunificação, o que assegurou uma maior protagonismo do governo central nos processos decisórios, em detrimento ao poder dos estados⁵⁰⁷. No campo econômico, o norte também foi privilegiado em razão de seu perfil industrial, enquanto o sul foi ao colapso física e financeiramente⁵⁰⁸.

Terminado o conflito armado, outro mais duradouro se iniciou: a luta dos negros pela efetiva cidadania⁵⁰⁹.

⁵⁰⁰ Idem., p. 133.

⁵⁰¹ ALLEN, H.C. História dos Estados Unidos da América. Trad. Ray Jungman. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 137..

⁵⁰² ALLEN, H.C. *A Companion to the Civil War and Reconstruction*. In: FORD, Lacy K, (edição). Blackwell Publishing, 2005. p. 10.

⁵⁰³ MARTIN, Andre. A guerra da sessão. In A história das guerras. MAGNOLI, Demétrio (Org). 3ª ed. São Paulo: Contexto, 2006, pp. 242-7.

⁵⁰⁴ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., 134.

⁵⁰⁵ Aproximadamente seiscentos e vinte mil mortos, número sem precedentes em toda a história norte-americana. Nesse sentido KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., pp. 134-5. ABREU, Aurélio M. G. de. CARVALHO, Mário. Armas Confederadas, inMagnun, São Paulo, set/out 1988, ano II, p. 47. Apud MARTIN, Andre. Op. Cit., p. 237.

⁵⁰⁶ IZECKSOHN, Vitor. Op. Cit., p. 73.

⁵⁰⁷ ABREU, Aurélio M. G. de. CARVALHO, Mário. Armas Confederadas, inMagnun, São Paulo, set/out 1988, ano II, p. 47. Apud MARTIN, Andre. A guerra da sessão. In A história das guerras. MAGNOLI, Demétrio (Org). 3ª ed. São Paulo: Contexto, 2006, p. 247.

⁵⁰⁸ KARNAL, Leandro et alii. Op. Cit., pp. 135/139.

⁵⁰⁹ Idem., p. 140.

3.3.5.2. A luta pela cidadania plena

A 13ª emenda⁵¹⁰ à Constituição, publicada em 18 de dezembro de 1865, pôs fim a escravidão em todos os Estados Unidos da América, mas não assegurou a igualdade de negros e brancos. À medida que foi sendo ratificada pelos estados sulistas reintegrados à União, também foram aprovados “Códigos Negros” que, ao fixar um estatuto civil e político para os antigos escravos, criavam-lhes restrições a vários direitos: exercício de certas profissões, casamento inter-racial, propriedade de terras, posse de arma de fogo, consumo de álcool, direito de reunião, etc⁵¹¹.

A 14ª emenda buscou assegurar o direito de voto a todos os cidadãos⁵¹². Para tanto, restou consignado em sua primeira seção que todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, sem qualquer restrição aos negros,

⁵¹⁰ EUA. Constituição. 13ª emenda: “Seção 1. Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado. Seção 2. O Congresso terá competência para fazer executar este artigo por meio das leis necessárias” (Tradução livre do autor).

⁵¹¹ KARNAL, Leandro et alii. Op. Cit., p. 142. WOLFE, Christopher; *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, p. 169.

⁵¹² EUA. Constituição. 14ª emenda: “Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. Seção 2. O número de representantes dos diferentes Estados será proporcional às suas respectivas populações, contando-se o número total dos habitantes de cada Estado, com exceção dos índios não taxados; quando, porém, o direito de voto em qualquer eleição para a escolha dos eleitores, do Presidente e do Vice-Presidente dos Estados Unidos, ou dos membros de sua legislatura, for recusado a qualquer habitante desse Estado, do sexo masculino, maior de 21 anos e cidadão dos Estados Unidos, ou quando desse seu direito for de qualquer modo cerceado, salvo no caso de participação em rebelião ou outro crime, será a respectiva representação estadual reduzida na mesma proporção que a representada por esses indivíduos em relação à totalidade dos cidadãos de sexo masculino, maiores de 21 anos, no Estado. Seção 3. Não poderá ser Senador ou Representante, ou eleitor do Presidente e Vice-Presidente, ou ocupar qualquer emprego civil ou militar subordinado ao Governo dos Estados Unidos ou de qualquer dos Estados aquele que, como membro da legislatura de um Estado, ou funcionário do Poder Executivo ou Judiciário desse Estado, havendo jurado defender a Constituição dos Estados Unidos, tenha tomado parte em insurreição ou rebelião contra essa Constituição, ou prestado auxílio e apoio a seus inimigos. O Congresso pode, porém, mediante o voto de dois terços dos membros de cada uma das Câmaras, remover a interdição. Seção 4. A validade da dívida pública dos Estados Unidos, autorizada pela lei, incluindo as dívidas contraídas para o pagamento de pensões e de recompensas por serviços prestados na repressão de insurreição ou rebelião, não será posta em dúvida. Todavia, nem os Estados Unidos nem qualquer dos Estados deverão assumir ou pagar qualquer dívida ou obrigação contraída para auxiliar insurreição ou rebelião contra os Estados Unidos, nem qualquer indenização pela perda ou emancipação de escravos; todas estas dívidas, obrigações, ou indenizações serão consideradas ilegais e nulas. Seção 5. O Congresso terá competência para executar, com legislação apropriada, as disposições deste artigo” (Tradução livre do autor).

passariam a ter a condição de cidadãos e, como tais, gozariam de igual proteção das leis. A segunda seção estipula que a representação de cada estado deve ser proporcional à sua população, e que, ressalvadas as hipóteses ali elencadas, a negativa do direito ao voto a qualquer cidadão reduzira aquela representação de forma proporcional. Esta emenda importou em uma restrição relativamente sutil à representação dos estados sulistas no Congresso, uma vez que possuíam uma população negra em número muito superior aos estados do norte que, portanto, foram menos afetados pelas restrições por ela impostas⁵¹³.

Eduardo APPIO assevera que o ponto de partida da 14ª emenda encontra-se nos pressupostos da “própria divindade da vida humana, ou seja, o fato de que todos os seres humanos são dotados de determinadas características que os distinguem dos demais seres e que, portanto, são destinatários naturais da mesma atenção”⁵¹⁴, daí porque o “princípio mais importante do sistema constitucional norte-americano é o da equidade (*fairness*), ou seja, o direito do cidadão a um tratamento com igual consideração e respeito”⁵¹⁵. Prossegue o autor a afirmar que:

A cláusula da igual proteção, constante da Seção 2 da emenda 14 à Constituição dos Estados Unidos, está inserida nesse contexto de equidade e assume como fundamento histórico que as leis discriminatórias consideram que determinados seres humanos não são totalmente ou verdadeiramente “humanos”, ou estão baseadas na hostilidade contra uma ou mais escolhas constitucionalmente protegida.⁵¹⁶

A 15ª emenda⁵¹⁷ assegurou em definitivo o direito de voto a todos os cidadãos, sem distinção de raça, cor ou condição social. Não se tratou, todavia, da universalização daquele direito, uma vez que, além da manutenção da exclusão do voto feminino, também o voto masculino era censitário, pois a condição de eleitor

⁵¹³ WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, p. 170-71.

⁵¹⁴ APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. Pref. de Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 195.

⁵¹⁵ *Idem.*, p. 196.

⁵¹⁶ *Ibidem.*, p. 198.

⁵¹⁷ EUA. Constituição. “15ª emenda: Seção 1. O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão. Seção 2. O Congresso terá competência para executar este artigo, com legislação apropriada” (Tradução livre do autor).

estava vinculada ao cumprimento de exigências como existência de alfabetização, propriedade de terras, etc., em sua maioria visando excluir os eleitores negros⁵¹⁸.

No exercício dos poderes outorgados por aquelas emendas, nos anos de 1871 e 1872 o Congresso norte-americano aprovou diversas leis cujos objetivos eram combater o sistema *Jim Crow* – expressão retirada de uma canção de sucesso de um grupo de artistas surgido em 1843 na Virginia, autodenominados *Virginia Minstrels*, e executada durante um número de canto e dança no qual imitavam de forma estereotipada os negros⁵¹⁹ –, que a partir de 1870 paulatinamente se espalhou nos estados sulistas, estabelecendo a segregação entre brancos e negros não apenas no que concerne a casamentos inter-raciais, mas também nas mais mezinhas atividades sociais, como a utilização de espaços públicos e privados, tais como em ônibus, trens, praças e parques, hospitais, restaurantes, etc^{520e521}.

Christopher WOLFE atenta para o fato de que as 14^a e 15^a emendas seriam aparentemente contraditórias, pois se esta foi promulgada com a finalidade de proibir a denegação de direitos ao voto por motivos de raça, cor ou condição prévia de escravidão, isso significaria que aquela não cuidara do tema do voto⁵²². O contexto histórico de instabilidade política então existente evidenciaria que os formuladores da 14^a emenda deliberadamente evitaram assegurar a igualdade ao voto. E assim sendo, não haveria por que não se indagar quais seriam, afinal, os direitos assegurados pela cláusula da “igual proteção das leis”⁵²³.

A vagueza e a ambiguidade das disposições contidas na 14^a emenda, entretanto, permitiram o fortalecimento da doutrina *separatebutequal* (separados mais iguais), pela qual “a segregação racial seria admitida na prestação de serviços ou como critério genérico de tratamento, desde que os aludidos tratamentos ou serviços fossem ofertados, dentro de um mesmo padrão, para todas as raças”⁵²⁴.

⁵¹⁸ KARNAL, Leandro et alii. Op. Cit., p. 145.

⁵¹⁹ KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. Op. Cit., 137.

⁵²⁰ Idem. Op. Cit., p. 137. KARNAL, Leandro et alii. Op. Cit., p. 145.

⁵²¹ KARNAL, Leandro et alii. Op. Cit., p. 145.

⁵²² WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 193.

⁵²³ Idem., p. 194.

⁵²⁴ MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., p. 74.

3.3.5.3. A Suprema Corte e a 14ª emenda: 1879 a 1967

Segundo APPIO, o primeiro relato de julgamento da Suprema Corte aplicando a cláusula de igual proteção foi o caso *Strauder v. State of West Virginia* – 100 U.S. 303 (1879). Taylor Strauder, um homem negro condenado por homicídio por um júri formado exclusivamente por pessoas brancas, questionou a constitucionalidade da lei do Estado de *West Virginia* que vedava que pessoas negras integrassem júris constituídos naquele estado. Por maioria de votos, entendeu a Suprema Corte em reformar a decisão anteriormente proferida pela Corte Estadual. No voto que conduziu o entendimento do Tribunal, o Ministro Strong afirmou que para o deslinde do caso era irrelevante perquirir a cor dos cidadãos discriminados, uma vez que o cerne da controvérsia residia justamente na indevida limitação imposta pela lei a uma determinada parcela de cidadãos. Ademais, a restrição imposta às pessoas negras partiria de uma presunção de que seriam elas inferiores às brancas, o que contraria a cláusula de igualdade presente na 14ª emenda^{525e526}.

A questão da discriminação racial voltou a ser examinada pela Suprema Corte em 1883, no julgamento de cinco casos que ficaram conhecidos como *civil rights cases*, ocasião em que a pretensão dos autores foi rejeitada ao entendimento de que a imposição de acomodações separadas para pessoas brancas e negras não ofenderia a cláusula da igual proteção existente na 14ª emenda⁵²⁷.

No mesmo ano, a Suprema Corte julgou o caso *Pace v. Alabama* (106 U.S. 583 – 1883)⁵²⁸. A demanda tinha por objeto o exame de constitucionalidade de uma lei do estado de Alabama que, ao criminalizar o adultério e as relações sexuais tidas por ilegítimas, estabeleceu penas mais graves para o caso de as pessoas envolvidas serem de raças diferentes^{529e530}. Em novembro de 1881, Tony Pace e Mary J. Cox, ele negro, ela branca, foram indiciados sob a acusação de “viverem em fornicação”, tendo cada um deles sido condenados a dois anos de prisão. Basicamente, a tese

⁵²⁵ Ibidem., p. 72.

⁵²⁶ APPIO, Eduardo. Op. Cit., pp. 209-10.

⁵²⁷ Idem., p. 199.

⁵²⁸ MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., pp. 72-3.

⁵²⁹ Ibidem., p. 73.

⁵³⁰ KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. Op. Cit., 139.

recursal era de que referida lei feriria a cláusula da igual proteção da 14ª emenda, uma vez que estaria a estabelecer uma pena pelo fato de Pace ser negro. O entendimento unânime da Suprema Corte, entretanto, foi no sentido de que a lei estadual não era inconstitucional, pois a vedação ali existente também era aplicável caso se tratasse de um casal de pessoas brancas ou negras. Há de se ressaltar que, embora Roberta KAUFMANN afirme que, nesse processo, “a Suprema Corte partiu da premissa de constitucionalidade da proibição do casamento inter-racial”⁵³¹, em verdade verifica-se que tal questão não esteve em pauta, porquanto Pace e Cox não eram casados^{532e533}.

Outro caso de grande repercussão foi *Plessy v. Ferguson*⁵³⁴, em 1896, quando então a Suprema Corte reforçou a doutrina *separados mais iguais*, ao considerar constitucional o Estatuto da Lousiana de 1890, que determinava que as companhias de trens deveriam providenciar acomodações separadas para passageiros brancos e negros; naquela oportunidade, adotou-se o fundamento de que a lei impugnada não sugeria que os negros seriam inferiores aos brancos⁵³⁵, e que “o princípio da igualdade não significava que as raças devessem compartilhar do mesmo espaço físico”⁵³⁶.

O entendimento firmado pela Suprema Corte em *Plessy v. Ferguson* somente voltou a ser totalmente revisto quase sessenta anos depois, no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954⁵³⁷. Nesse processo, quatro estudantes negros pleitearam o direito de acesso a determinadas instituições públicas de ensino destinadas a alunos brancos. O julgamento do caso se estendeu entre 13 de dezembro de 1952 e 17 de maio de 1954, quando então o Ministro Earl Warren, que havia assumido a Presidência em lugar de Fred M. Vinson, morto em setembro de 1953, conseguiu a unanimidade de seus pares em favor da declaração de inconstitucionalidade da doutrina *separados mais iguais*, por entender que

⁵³¹ Idem., 140.

⁵³² MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., p. 73.

⁵³³ MAGNOLI, Demetrius. Op. Cit., p. 114.

⁵³⁴ 163 U.S. 537 (1896).

⁵³⁵ MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., p. 75.

⁵³⁶ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. Op. Cit., 143.

⁵³⁷ 347 U.S. 483 (1954).

instituições separadas necessariamente seriam desiguais e, portanto, violariam o disposto na 14ª emenda⁵³⁸.

A importância desse caso deveu-se não apenas pelo próprio mérito da controvérsia, mas também, como lembra WOLFE, porque “foi a primeira vez que o Tribunal interveio deliberadamente na criação de uma ampla política social”⁵³⁹. Da mesma forma, como bem asseverado por APPIO, o caso estava diretamente relacionado à política externa norte-americana, pois um “país que havia saído da Segunda Guerra Mundial como o defensor da liberdade e o combatente da discriminação infligida contra os judeus não poderia aceitar a discriminação racial em seu próprio solo”⁵⁴⁰.

Nos anos que se seguiram ao julgamento do caso *Brown*, a Suprema Corte manifestou-se contra outros tipos de segregações raciais além daquelas em instituições de ensino, tais como as restrições no acesso a parques (*Muir v. Louisville Park Theatrical Ass’n*, 347 U.S. 971 – 1954), praias públicas e balneários (*Mayor of Baltimore v. Dawson*, 350 U.S. 877 – 1955), ônibus (*Gayle v Browder*, 352, U.S. 903 – 1956), restaurantes e aeroportos (*Turner v. City of Memphis*, 369 U.S. 350 – 1962) e auditórios municipais (*Schiro v. Bynum*, 375 U.S. 395 – 1964)⁵⁴¹.

Nada obstante, como esclarece MAGNOLI, a doutrina segregacionista somente chegou ao fim em 1967, com o julgamento do caso *Loving v. Virgínia*⁵⁴², em que mais uma vez esteve em jogo a interpretação a ser emprestada a cláusula da igual proteção contida na 14ª emenda. Delores Mildred Loving e Richard Perry Lovin, ela negra e ele branco, se casaram no distrito de Columbia, onde inexistia qualquer restrição ao casamento inter-racial. Contudo, ao se mudarem para o estado da Virgínia, onde tal prática era considerada criminosa, foram condenados à pena de um ano de prisão. Ao examinar o caso, entendeu a Suprema Corte pela inconstitucionalidade da lei estadual, uma vez que restrições ao direito de se casar, baseadas em um critério racial, importariam em afronta à cláusula da igual proteção das leis prevista na 14ª emenda⁵⁴³.

⁵³⁸ MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., pp. 80-5.

⁵³⁹ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 354. Trad. livre do autor.

⁵⁴⁰ APPIO, Eduardo. Op. Cit., p. 247.

⁵⁴¹ WOLFE, Christopher. Op. Cit., p. 85.

⁵⁴² MAGNOLI, Demetrius. Op. Cit., p. 123.

⁵⁴³ APPIO, Eduardo. Op. Cit., p. 215.

3.3.5.4. As ações afirmativas: 1935 a 2003

Segundo SOWELL, foi na década de 1830 que a primeira política oficial de preferências para uma minoria racial foi adotada pelo governo norte-americano, em favor dos índios americanos, os quais passaram a ter prioridade na contratação para o *Bureau of Indian Affairs*⁵⁴⁴.

O termo *ação afirmativa*, contudo, só foi utilizado pela primeira vez nos EUA em 1935, na “Lei das Relações de Trabalho Nacionais”, que determinava a imediata interrupção das discriminações praticadas por empregadores contra os trabalhadores negros, bem como que aqueles implantassem ações afirmativas para que as vítimas dessas segregações fossem alçadas aos cargos que de outra forma estariam a ocupar^{545e546}.

A partir da década de 1960 a ação afirmativa passou a ser utilizada em um contexto de luta por direitos civis nos Estados Unidos, com a assinatura pelo então Presidente John F. Kennedy, da Ordem Executiva n. 10.925, de 6 de março de 1961, que criou a Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego (*Equal Employment Opportunity Commission* – EEOC), cuja finalidade era identificar e revisar as políticas segregacionistas governamentais, e vedar na iniciativa privada discriminações de raça, credo, cor ou origem nacional, impondo-lhe o dever de “adotar ações afirmativas para garantir que os candidatos sejam contratados, e que os empregados sejam tratados no trabalho sem levar em conta raça, cor, credo ou origem nacional”⁵⁴⁷.

SOWELL assevera que o programa de ação afirmativa instituído por Kennedy seria genérico, uma vez que, longe de criar preferências para grupos ou cotas, “mandava que os empregadores contratassem e promovessem sem levar em conta filiações a grupos – e que tornassem tal fato evidente para todos”⁵⁴⁸.

Lyndon B. Johnson, após o assassinato de Kennedy, assumiu a Presidência e deu prosseguimento às políticas afirmativas, destacando-se entre os vários

⁵⁴⁴ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 116.

⁵⁴⁵ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., p. 169, nota de rodapé nº 442.

⁵⁴⁶ SOWELL, Thomas. Op. Cit., p. 123.

⁵⁴⁷ Idem., 169.

⁵⁴⁸ Ibidem., p. 124.

projetos aprovados pelo Congresso a Lei dos Direitos Civil (*Civil Right Act*) de 2 de julho de 1964, que dentre outras medidas, vedou a discriminação ou segregação em lugares ou alojamentos públicos, a adoção de medidas não discriminatórias na distribuição de recursos em programas monitorados pelo governo federal e quaisquer espécie de discriminação no mercado de trabalho, em empresas com mais de quinze empregados, incluindo-se as Universidades públicas e privadas^{549e550}.

Em 24 de setembro de 1965 Johnson assinou a Ordem Executiva n. 11.246, criando o *Office of Federal Contract Compliance*, no âmbito do Ministério do Trabalho. As medidas tomadas por aquele órgão, além de banir práticas discriminatórias no mercado de trabalho, também impuseram aos contratantes com o governo federal o dever de adotarem medidas de ordem positiva em favor das minorias, tais como recrutamento, contratação, transferência, melhores salários, benefícios indiretos, treinamento, promoções, etc^{551e552}. A ideia de criação de cotas, todavia, ainda que de forma implícita, somente surgiu durante o governo Nixon, quando as novas diretrizes expedidas por aquele órgão passaram a fazer referência a “procedimentos orientados para resultados”⁵⁵³.

O combate às desigualdades sociais iniciado nas Administrações Kennedy-Johnson prosseguiu no governo de Richard Nixon, que assumiu a presidência dos Estados Unidos a partir de 1969. Por sua determinação, em dezembro de 1971 foi criado o *Philadelphia Plan*, cujo objetivo era dar efetividade aos programas estabelecidos pelo *Civil Right Act* de 1964, e que foi introduzido no ordenamento jurídico norte-americano pelo *Office of Federal Contract Compliance (OFCC) Revised Order*. 4. Segundo seus termos, todos os contratantes com o governo federal desenvolveriam anualmente programas de ação afirmativa em favor das mulheres e grupos minoritários, por meio de metas numéricas de contratação a serem estabelecidas conforme a proporção dessas minorias no mercado de trabalho^{554e555}.

⁵⁴⁹KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit. 170.

⁵⁵⁰MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., p. 90.

⁵⁵¹KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., p. 171.

⁵⁵²MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., pp. 91-2.

⁵⁵³SOWELL, Thomas. Op. Cit., pp. 124-25.

⁵⁵⁴KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit. 176.

⁵⁵⁵MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., pp. 92-3.

Dentre os primeiros resultados concretos desse programa encontra-se a solução adotada no caso *United States v. Paradise* (480 U.S. 149 – 1987), ajuizado em janeiro de 1972 pela NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*) – fundada em 1909 por William E. B. Du Bois, é considerada a principal organização militante pela causa negra nos Estados Unidos⁵⁵⁶ –, com o objetivo de forçar a polícia estadual do Alabama a admitir o ingresso de negros em seus quadros, bem como de criar condições justas para que obtivessem promoções na carreira. A Suprema Corte confirmou o entendimento firmado em primeira instância, no sentido de que as contratações a serem realizadas pelo Departamento de Polícia deveriam ser feitas na proporção de um por um entre negros e brancos até que 25% da tropa fosse composta por pessoas negras⁵⁵⁷. O principal fundamento utilizado foi que esse sistema de cotas não ensejaria uma discriminação reversa contra os brancos, “porquanto estes haviam se beneficiado, durante anos, da impossibilidade de competirem com os negros nas promoções, já que nunca antes um negro ingressara na corporação”⁵⁵⁸.

Na administração Nixon também foram criados diversos outros programas contra discriminação, dentre os quais se destacam o *Equal Employment Opportunity Act*, de 1972, cujo escopo foi positivar diversas interpretações dadas pelos tribunais ao Título VII do *Civil Rights Act* de 1964, as quais foram expandidas aos empregados públicos estaduais e municipais; o *Higher Education Act* de 1972, que entre outras disposições proibiu a discriminação entre homens e mulheres nas instituições de ensino subsidiadas por verbas federais; o *Rehabilitation Act* de 1973, que impôs aos contratantes com o governo federal o dever de criarem vagas de emprego para deficientes físicos; e o *Veteran Readjustment Act* de 1974, concebido para favorecer os veteranos da Guerra do Vietnã⁵⁵⁹.

O Governo de Jimmy Carter deu continuidade aos programas de ação afirmativa, com a promulgação pelo Congresso, em 13 de maio de 1977, do *Public Works Employment Act*, ou *The Fullilove Program*, que assegurou uma cota de 10% das concessões federais às empresas em que pelo menos 50% do capital social

⁵⁵⁶ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., pp. 151-52.

⁵⁵⁷ MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit. p. 93.

⁵⁵⁸ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., pp. 180-1.

⁵⁵⁹ MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit. p. pp. 93-4.

estivesse nas mãos de pessoas integrantes de grupos minoritários⁵⁶⁰. Entretanto, como ressaltado por KAUFMANN, tais programas foram sensivelmente reduzidos a partir de 1981, nas administrações de Ronald Reagan (1981-1989) e de George Bush (1989-1993)⁵⁶¹, persistindo até os dias atuais⁵⁶².

3.3.5.5. As ações afirmativas e a Suprema Corte

Como demonstrado na seção anterior, durante a Presidência do *Justice Earl Warren*, a Suprema Corte mudou radicalmente sua interpretação a respeito da 14ª emenda, terminando por concluir pela total inconstitucionalidade do sistema de segregação racial, independentemente da atividade social envolvida.

Posteriormente, a ampliação das políticas de ações afirmativas obrigou que a Suprema Corte passasse a examinar não apenas casos em que se discutiam a eventual existência de discriminações contra os integrantes de minorias, em razão de sua raça, gênero, origem, etc., mas casos em que certos programas de ação afirmativa teriam amparo na legislação infraconstitucional e, principalmente, se seriam compatíveis com a cláusula de igual proteção⁵⁶³.

A literatura especializada⁵⁶⁴ costuma apontar, em razoável concordância, alguns precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos que, pelas mais variadas razões, tornaram-se marcos na discussão acerca da constitucionalidade das ações afirmativas.

Nesta seção, contudo, serão examinados sinteticamente apenas os casos considerados mais pertinentes ao objetivo deste trabalho, voltado à análise da constitucionalidade de ações afirmativas de viés racial no contexto social brasileiro, pelas razões que se evidenciarão no próprio texto.

⁵⁶⁰ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., p. 177.

⁵⁶¹ Idem., pp. 177-78.

⁵⁶² GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit., p. 138.

⁵⁶³ MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., p. 95.

⁵⁶⁴ Nesse sentido: APPIO, Eduardo. Op. Cit. GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit. KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit. MAGNOLI, Demetrius. Op. Cit. MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit. SOWELL, Thomas. Op. Cit. WOLFE, Christopher. Op. Cit.

3.3.5.5.1. *Griggs v. Duke Power Company*⁵⁶⁵

Em *Griggs v. Duke Power Company* questionou-se a ilegalidade dos testes padronizados aos quais todos os candidatos à contratação, promoção ou transferência se submetiam, ao argumento de que a disparidade de resultados observada em desfavor das pessoas negras estaria associada ao déficit educacional decorrente da baixa qualidade do ensino público que lhes foi disponibilizado no estado da Carolina do Norte, invariavelmente vinculada às escolas segregadas⁵⁶⁶.

A Suprema Corte compreendeu que, nada obstante os referidos testes fossem em princípio neutros, porquanto aplicados a todos os candidatos indistintamente – o que afastaria, portanto, a discriminação direta –, ainda assim eles eram desproporcionais, pois não se prestavam a avaliar a capacidade de aprendizagem quanto ao desempenho das funções inerentes ao exercício do cargo⁵⁶⁷; ademais, os testes também importariam em um impacto racial adverso, na medida em que os candidatos e os empregados negros receberam nas escolas segregadas uma educação de qualidade inferior à dispensada aos brancos, o que resultaria em uma discriminação indireta tendente a perpetuar diferenças raciais indesejáveis⁵⁶⁸.

A “teoria do impacto desproporcional” (*Disparate Impact Doctrine*) apresentada nesse precedente tem por premissa, como asseverado por GOMES, a compreensão de que a discriminação indireta não atua às claras, mas de forma dissimulada, quase invisível, muitas vezes advindo da própria lei e por isso mesmo destituída de concretude, pois não dirigida a nenhuma pessoa ou grupo em especial⁵⁶⁹. Daí afirmar o referido autor que, de acordo com a mencionada teoria:

[...] toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos

⁵⁶⁵ 401 U.S. 424 (1971)

⁵⁶⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit., p. 25.

⁵⁶⁷ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. Op. Cit., p. 185.

⁵⁶⁸ Idem.

⁵⁶⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit., pp. 23-4.

de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.⁵⁷⁰

GOMES lembra, entretanto, haver casos em que embora a lei ou ato normativo se revele neutro, “isto é, vazado em linguagem destituída de qualquer conotação discriminatória, pode, no entanto, ter sido ‘concebido’ com o propósito não declarado de prejudicar um determinado grupo social”⁵⁷¹. De toda sorte, deve-se constatar essa discriminação através da análise dos resultados concretos obtidos com a aplicação da norma suspeita, “uma vez que raramente é possível identificar, de maneira irrefutável e de *prime abord*, o móvel ou a intenção discriminatória escondida por trás da suposta objetividade da norma questionada”⁵⁷².

Essas duas espécies de discriminação não podem ser confundidas com a *discriminação de fato*, que geralmente resulta de uma “indiferença” ou “desdém” das autoridades públicas em relação a certos grupos sociais marginalizados, na medida em que se utilizam de políticas governamentais incapazes de atender às especificidades daqueles grupos⁵⁷³. Há ainda, de acordo com GOMES, o chamado “racismo inconsciente”, concernente à discriminação em razão da raça ou cor, e que explicariam, senão todas, algumas práticas discriminatórias observadas no Brasil⁵⁷⁴.

3.3.5.5.2. *Regents of the University of California v. Bakke*⁵⁷⁵

No que concerne aos programas especiais de admissão em universidades e faculdades, o primeiro caso levado ao conhecimento da Suprema Corte foi *DeFunis v. Odegaard* (416 U.S. 312 – 1974) –em que se contestava o programa preferencial instituído pela Faculdade de Direito da Universidade de Washington –, mas que foi extinto sem a resolução do mérito, pela perda do objeto da demanda⁵⁷⁶. Além do ineditismo, esse processo é sempre lembrado em razão da manifestação proferida

⁵⁷⁰ *Idem.*, p. 24.

⁵⁷¹ *Ibidem.*, p. 27.

⁵⁷² *Ibidem.*

⁵⁷³ *Ibidem.*, p. 29.

⁵⁷⁴ *Ibidem.*, p. 30.

⁵⁷⁵ 438 U.S. 265 (1978)

⁵⁷⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Op. Cit.*, p. 104.

pelo *Justice* Douglas acerca do mérito, em que se posicionou contra a utilização de qualquer critério racial, ainda que se tratasse de ações afirmativas⁵⁷⁷.

O mérito acerca da constitucionalidade das ações afirmativas aplicadas ao sistema educacional, entretanto, só foi examinado pela Suprema Corte no caso *Regents of the University of California v. Bakke* (438 U.S. 265 – 1978). Alan Bakke, um engenheiro branco de trinta e dois anos, veterano da Guerra do Vietnã, tentou sem sucesso ingressar em várias faculdades de medicina. Em 1974, pela segunda vez foi recusado pela Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia. O sistema de admissão naquela instituição era complexo, porquanto classificava seus candidatos a partir de diversos fatores, a saber: notas do curso de graduação, notas médias nas disciplinas de ciências, a pontuação no Teste de Admissão para as Faculdades de Medicina, as cartas de recomendação, as atividades extracurriculares e outras informações biográficas dos candidatos, com especial atenção para a sua raça. Bakke processou a Faculdade sob o argumento de que fora discriminado em razão da sua raça, uma vez que suas notas teriam sido superiores à média das notas dos candidatos aprovados para as vagas reservadas a cotistas (indivíduos em condições desvantajosas econômica ou educacionalmente, ou, ainda, membros de minorias como os negros, índios, descendentes de mexicanos ou asiáticos)^{578e579}.

O pedido foi julgado improcedente em primeira instância, sob o fundamento de que, embora fosse ilegal o critério racial adotado pela Faculdade, o autor não teria comprovado que, caso inexistisse o programa de cotas, ele teria sido admitido. A Suprema Corte do Estado da Califórnia, por sua vez, reformou a sentença e deu ganho de causa para Bakke, por entender que a mera utilização de um critério racial já seria suficiente para inviabilizar o programa, entendimento este que foi posteriormente confirmado pela Suprema Corte, mediante a utilização de fundamentos fragmentados, “pois os nove Ministros apresentaram diferentes posições acerca do tópico, sem que se obtivesse a maioria em qualquer uma delas”⁵⁸⁰. Como resumido por MENEZES:

⁵⁷⁷ MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., p. 98.

⁵⁷⁸ Ibidem., pp. 98-9.

⁵⁷⁹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., p. 187.

⁵⁸⁰ MENEZES, Paulo Lucena de. Op. Cit., p. 100.

[...] o processo terminou apresentando duas decisões distintas, sendo que ambas foram definidas por cinco votos a quatro: 1) Bakke deveria ser admitido na Faculdade de Medicina, pois o Título VI do *Civil Right Act* de 1964 foi desrespeitado; 2) não existiriam impedimentos para que, observadas determinadas condições, a raça ou a etnia fosse adotada como critério seletivo em programas elaborados para beneficiar determinados grupos sociais.⁵⁸¹

Quanto ao primeiro fundamento, a maioria que decidiu o resultado do julgamento foi formada pelos *Justices* Burger, Stewart, Rehnquist, Stevens e Powell, os quais concordaram que a utilização de um critério racial iria contra a proibição expressamente contida no Título VI do *Civil Right Act*. Nesse ponto, o *Justice* Powell foi além de seus pares, ao reconhecer que vedação semelhante também estaria presente na 14ª emenda, daí porque também restaria contrariada a cláusula da igual proteção⁵⁸².

No que diz respeito ao segundo fundamento, por sua vez, também por maioria, a Corte reviu a posição firmada pelo Tribunal Estadual, que não admitia a utilização do critério racial em nenhuma hipótese⁵⁸³. Isso porque, nos termos do voto proferido pelo *Justice* Powell, a raça poderia ser admitida com um fator subsidiário de seleção de candidatos, contando que não fosse o único e, ainda, que não fossem fixadas cotas, metas ou preferências inflexíveis^{584e585}.

O caso *Bakke* tornou-se uma referência obrigatória para o tema das ações afirmativas não só pela questão de fundo examinada, mas porque ali foi pela primeira vez debatido o critério de interpretação judicial aplicável em tais hipóteses – questão essencial no sistema de controle de constitucionalidade norte-americano.

Como lembra APPIO, ao longo de sua história a Suprema Corte:

[...] passou a considerar que é da própria natureza do Poder Legislativo a prerrogativa de, no exercício de sua discricionariedade, fixar distinções entre grupos e pessoas, atentando, exatamente, para as suas naturais diferenças. Bem por isso, o simples fato de uma lei trazer uma classificação não conduz, automaticamente, à declaração de sua nulidade por ofensa à cláusula da igual proteção.⁵⁸⁶

⁵⁸¹ Idem.

⁵⁸² Ibidem., pp. 99-103.

⁵⁸³ Ibidem., 103.

⁵⁸⁴ Ibidem., p. 101.

⁵⁸⁵ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Op. Cit., pp. 189-90.

⁵⁸⁶ APPIO, Eduardo. Op. Cit., p. 237.

A partir dessa compreensão, a Suprema Corte desenvolveu critérios de julgamento, ou *standarts*, a serem utilizados quando em jogo questões vinculadas à cláusula da igual proteção prevista na 14ª emenda: o *rationalbasistest* (escrutínio mínimo), o *intermediatescrutiny* (escrutínio intermediário) e o *strictscrutiny* (escrutínio estrito ou rigoroso).

O escrutínio mínimo tem por pressuposto que a presunção de constitucionalidade da lei ou ato administrativo impugnado demanda tão somente “a demonstração de que a desigualdade prevista na norma está razoavelmente ligada a um interesse estatal, a servir a um objetivo social útil”⁵⁸⁷.

Por sua vez, o sistema de escrutínio intermediário impõe a comprovação, pelo responsável pela lei ou ato administrativo impugnado, da presença de alguns requisitos, assim elencados pela Suprema Corte no julgamento do caso *United States v. Virginia* (1996):

[...] (i) deve demonstrar que a classificação serve “objetivos governamentais importantes”, (ii) que estes objetivos sejam genuínos, no sentido de que descrevem propósitos atuais (não-conjeturais ou não-atuais) e, finalmente, que (iii) os meios discriminatórios empregados sejam “substancialmente relacionados” com os objetivos mencionados.⁵⁸⁸

Por fim, na dicção utilizada por APPIO, a utilização do escrutínio estrito, pela Suprema Corte, não teria por finalidade “reverter os resultados da disputa política [típica das democracias representativas], mas apenas para assegurar que o processo político é justo para todos”⁵⁸⁹.

Assim, de acordo com esse critério, todo e qualquer ato governamental que estabeleça distinções entre minorias será *a priori* considerado inconstitucional, competindo “ao responsável por sua edição [...] o grave ônus de comprovar a existência de um interesse público irresistível, bem como que a lei foi estritamente desenhada para atender esse interesse”⁵⁹⁰. Para tanto, será necessário demonstrar a existência de um interesse real, que ultrapassa os limites da mera conveniência

⁵⁸⁷ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. Op. Cit., p. 189.

⁵⁸⁸ APPIO, Eduardo., Op. Cit., p. 245.

⁵⁸⁹ Idem., p. 242.

⁵⁹⁰ Ibidem., p. 243.

administrativa; ademais, há de ser demonstrada a existência de adequação entre o meio escolhido e o fim almejado⁵⁹¹.

Retornando ao caso *Bakke*, o *Justice Powell* manifestou-se no sentido de que a compatibilidade das ações afirmativas com a Constituição deve ser examinada à luz do critério de escrutínio restrito, cabendo ao ente público demonstrar que a medida contestada em juízo preencha aqueles dois requisitos acima referidos.⁵⁹²

Anota MENEZES, entretanto, que a Suprema Corte não chegou a examinar o mérito da ação “– ao menos conclusivamente – com fulcro na *equalprotectionclause*”⁵⁹³. Da mesma forma:

[...] o Tribunal não estabeleceu o padrão judicial que deveria ser adotado no julgamento de casos relacionados à classificação racial benigna. Dos cinco Ministros que avaliaram a questão sob o prisma constitucional, quatro propuseram a adoção do padrão intermediário (*intermediatestandardofreview*), enquanto o Ministro Powell foi o único que entendeu adequado o uso do exame rigoroso (*strictscrutiny*), sempre que estivesse em pauta algum caso de classificação racial.⁵⁹⁴

De acordo com GOMES, por trás dessa controvérsia envolvendo o *standard* interpretativo a ser utilizado, esconde-se o debate existente entre duas correntes do Direito americano: de um lado os liberais, defensores da aplicação do escrutínio mínimo, “que confere aos órgãos governamentais uma mais ampla margem de discricionariedade na concepção das medidas tendentes a pôs cobro à discriminação e aos seus efeitos”⁵⁹⁵; de outro, os conservadores, favoráveis à utilização do escrutínio rigoroso – contrários a utilização de “classificações suspeitas”, ainda que as ações governamentais tenham caráter “benigno”⁵⁹⁶.

Essas duas correntes de pensamento também seriam responsáveis, segundo GOMES, pela cisão que separa os partidários de soluções jurisdicionais de cunho coletivo, identificado com os setores progressistas do pensamento americano – que costumam reconhecer “a natureza muitas vezes estrutural de certas questões relativas aos direitos de minorias”⁵⁹⁷ –, dos chamados “individualistas radicais” –

⁵⁹¹ *Ibidem*, pp. 243-44.

⁵⁹² GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Op. Cit.*, pp. 107-8.

⁵⁹³ MENEZES, Paulo Lucena de. *Op. Cit.*, p. 106.

⁵⁹⁴ *Idem*.

⁵⁹⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Op. Cit.*, p. 110.

⁵⁹⁶ *Idem*.

⁵⁹⁷ *Ibidem*., pp. 111-12.

normalmente filiados ao pensamento conservador, sendo “refratários a soluções jurisdicionais que não aquelas oriundos de conflitos inter-individuais”⁵⁹⁸.

Uma terceira peculiaridade do caso *Bakke*, ainda na ótica de GOMES, refere-se ao fato de que nele “encontram-se nitidamente em disputa os dois principais postulados filosóficos das ações afirmativas – a tese da justiça compensatória [presente no voto do *Justice Powell*] e a tese da justiça distributiva [defendida pelo *Justice Brennan*]”⁵⁹⁹.

3.3.5.5.3. *Grutter v. Bollinger et al*⁶⁰⁰ e *Gratz et al v. Bolinger et al*⁶⁰¹

A Universidade de Michigan adotava uma política de admissão objetivando a diversificação de seu corpo discente, nos termos das diretrizes anteriormente firmadas pela Suprema Corte no caso *Bakke*. Para tanto, os candidatos eram submetidos a uma avaliação flexível, em que eram considerados conjuntamente critérios objetivos, subjetivos e raciais. Entre o primeiros destacavam-se as notas da graduação e também aquelas resultantes de testes específicos para ingresso na Escola de Direito. Os critérios subjetivos, por sua vez, poderiam ser bastante variados, como, por exemplo, a análise do “entusiasmo” do candidato, seus talentos, experiências e potenciais, qualidade da instituição onde foi obtida a graduação, matérias em que houve destaque pessoal, além do exame de cartas de recomendação e de um ensaio em que deveriam ser apresentadas as razões pelas quais a admissão do candidato contribuiria para os objetivos da Instituição. Por fim, seria levado em consideração o grupo étnico do candidato: negro, hispânico, indígena, etc.

Barbara Grutter processou a Universidade sob o fundamento de que sua matrícula foi recusada pela Faculdade de Direito por discriminação, uma vez ela era branca, em detrimento às suas excelentes notas, criando em favor dos candidatos

⁵⁹⁸ Ibidem., pp. 111-12.

⁵⁹⁹ Ibidem., pp. 112-13.

⁶⁰⁰ 539 EUA 306 (2003)

⁶⁰¹ 539 EUA 244 (2003).

pertencentes a certas minorias vantagens indevidas que atentariam contra a cláusula do igual tratamento e à Lei dos Direitos Civis de 1964.

A Suprema Corte, por maioria de cinco votos a quatro, confirmou a decisão de improcedência do pedido proferida pela Corte Estadual, sob o fundamento de que a política afirmativa utilizada atendia ao requisito do *narrowlytailored*, ou seja, utilizava-se do critério racial de uma forma estritamente desenhada para a concretização do objetivo traçado pela Instituição, de incrementar a diversidade do corpo de estudantes – que, por sua vez, se mostrava apropriada à realidade de um mundo globalizado em que a exposição constante a culturas e pensamentos diversos favorece o desenvolvimento de habilidades pessoais⁶⁰².

Gratz e Hamacher, por sua vez, processaram a Universidade de Michigan, em razão da recusa de suas matrículas na Faculdade de Literatura, Ciências e Artes, alegando que o programa de favorecimento das minorias – que à época importava na concessão de 20% dos pontos necessários para assegurar a admissão –, também era contrária à cláusula do igual proteção à Lei dos Direitos Civis de 1964. Nesse caso, todavia, entendeu a Suprema Corte que o pedido dos autores era procedente, uma vez que as premissas firmadas em *BakkeGrutter* não foram totalmente atendidas, pois a concessão dos pontos pelo simples fato de o candidato pertencer a uma minoria transformava o critério racial em um fator determinante⁶⁰³.

3.3.5.5.4. *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District n. 01 et Meredith v. Jefferson County Board of Education*⁶⁰⁴

Em ambos os processos, julgados simultaneamente pela Suprema Corte, a discussão travada referia-se à possibilidade de os distritos escolares de Seattle e Jefferson se utilizarem de um critério racial para alocação dos alunos nas escolas públicas sob suas respectivas jurisdições.

⁶⁰²KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. Op. Cit., pp. 201-3.

⁶⁰³Idem., pp. 205-6.

⁶⁰⁴551 U.S. 701 (2007)

O primeiro deles tem como pano de fundo a opção formulada pelo Distrito Escolar n. 1 de Seattle, no ano de 1998, de preencher as vagas de suas dez escolas públicas de nível médio por meio de um método em que, após a elaboração pelos alunos de uma lista de escolas preferenciais, a Administração promovia as matrículas levando em consideração alguns critérios, a saber: presença de um(a) irmão(ã) já matriculado na escola escolhida, a proximidade da escola em relação à residência do aluno e, finalmente, a composição racial da instituição e a raça do aluno requerente.

O indeferimento da matrícula requerida pela aluna Andy Meeks levou uma associação de pais de alunos a processar o Distrito Escolar n. 1, alegando que o critério racial utilizado afrontaria a cláusula de igual proteção da 14ª emenda, bem como o Título VI da Lei dos Direitos Civis de 1964, além da Lei de Direitos Civil de Washington. Após reviravoltas nos veredictos prolatados nas instâncias ordinárias, o processo foi aceito pela Suprema Corte⁶⁰⁵.

O segundo processo, por sua vez, relaciona-se a um conjunto de regras adotadas pelo Conselho de Educação de Jefferson a partir de 2001 – dentro de um contexto maior e mais antigo de combate à segregação racial das escolas –, que importaram na fixação de percentuais mínimos (15%) e máximo (50%) de alunos negros matriculados nas escolas.

Crystal Meredith tentou matricular seu filho no jardim de infância próximo à sua residência, mas seu pedido foi negado pelo Conselho de Educação, que alocou a criança em uma escola bem mais distante. Buscando remediar essa situação, Meredith então requereu a transferência de seu filho para a escola *Bloom Elementary*, onde existiam vagas, mas seu pedido foi novamente indeferido pela Administração Escolar, sob o argumento de que tal transferência atrapalharia o cumprimento das metas de erradicação da segregação. Também nesse caso a questão foi levada ao Poder Judiciário, alegando a autora que a decisão do Distrito Escolar importaria em afronta ao princípio da igual proteção da 14ª emenda, sendo ele por fim aceito pela Suprema Corte⁶⁰⁶.

O Tribunal julgou procedente a pretensão autoral em ambos os processos, por uma maioria de cinco votos a quatro, tendo sido relator do acórdão o *Chief Justice*

⁶⁰⁵ Idem., p. 5.

⁶⁰⁶ Ibidem., pp. 8-9.

Roberts, acompanhado pelos *Justices* Scalia, Kennedy, Thomas e Alito, ficando vencidos os *Justices* Breyer, Stevens, Souter e Ginsburg.

O *Justice* Roberts, utilizando-se do escrutínio restrito, entendeu que os Distritos Escolares não se desincumbiram do ônus de comprovar que as medidas preferencias adotadas eram estritamente delineadas para atender um interesse governamental cogente, e que a utilização do critério racial era efetivamente necessária para dirimir eventuais efeitos presentes da discriminação pretérita, assim como que a diversidade do corpo discente era indispensável. Ocorre que as escolas públicas de Seattle jamais haviam sido segregadas pela lei ou submetidas a um plano judicial de combate à segregação. As escolas de Jefferson, por sua vez, embora segregadas no passado, passaram a combater tal prática a partir de 1975, tendo o programa sido extinto em 2000 após cumprir o objetivo de eliminar os efeitos nefastos daquele período, o que afastaria, no entendimento da Corte, a necessidade de outra vez invocar aquele passado para justificar a utilização de critérios raciais para distribuição dos alunos entre as escolas. Da mesma forma, seria um erro a utilização genérica de classificação racial, principalmente se motivado pela busca de uma suposta diversidade, que não estaria adequadamente representada apenas pela dicotomia branco/não branco ou negro/não negro⁶⁰⁷.

O fundamento mais importante utilizado pelo *Justice* Roberts – e que recebeu forte divergência do *Justice* Breyner, acompanhado pelos *Justices* Stevens, Souter e Ginsburg –, residiu no reconhecimento de que qualquer espécie de distinção baseada em raça é, por natureza, contrária ao princípio da igualdade, uma vez que “tais classificações estimulam ‘noções de inferioridade racial e conduzem a uma política de hostilidade racial’, na medida em que “apoiam uma explicação e uma concepção, baseada na raça, de uma nação dividida em blocos raciais, contribuindo dessa forma para uma escalada de conflitos e hostilidade racial”⁶⁰⁸. Naquela que talvez tenha se tornado a mais célebre passagem de seu voto, o *Justice* Roberts afirmou de forma categórica que “[a] forma de se cessar a discriminação com base na raça é parar de discriminar com base na raça”⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ *Ibidem.*, p. 12.

⁶⁰⁸ *Ibidem.*, pp. 38-9. Trad. Livre do autor.

⁶⁰⁹ *Ibidem.*, pp. 40-1. Trad. Livre do autor.

3.3.5.6. A regra da gota de sangue e a miscigenação

No sistema de classificação racial consolidado na sociedade norte-americana a ancestralidade assume papel primordial. Com algumas variações, prevalece a ideia da *one-drop rule* – segundo a qual é negra toda a pessoa que possuir uma única gota de sangue negro correndo em suas veias⁶¹⁰ –, que remonta às primeiras décadas do século XX, mais especificamente a uma lei do estado da Virgínia, promulgada em 1924, que em seu item 5 expressamente definiu como brancas “as pessoas que tenham 1/16 ou menos de sangue de índio americano e não tenham nenhum outro sangue não caucasiano”.

Essa singularidade não passou despercebida a Oracy NOGUEIRA, nas pesquisas de campo por ele realizadas nos Estados Unidos no fim da década 1940⁶¹¹. O sociólogo observou a existência do que denominou de “preconceito de origem”, em que a discriminação vincula-se à ancestralidade do indivíduo, assumindo um caráter disjuntivo: “branco” ou “não branco”⁶¹². Nesse contexto, a aparência física da pessoa ficará em segundo plano sempre que sua ancestralidade negra for conhecida. Outro ponto ressaltado pelo brasileiro é o fato de que as relações entre indivíduos do grupo discriminador e do grupo discriminado são severamente restringidas por tabus e sanções de caráter negativo, na medida em que aquelas pessoas que foram capazes de ultrapassar a barreira do preconceito podem, elas próprias, ser vítimas de discriminação⁶¹³.

Essa discriminação, à qual se refere NOGUEIRA, vincula-se a um fenômeno típico do modelo racial bipolar norte-americano: o *passing*. Trata-se, na dicção de MAGNOLI, “de uma estratégia de reinvenção identitária pela qual um indivíduo [um mestiço] se ‘faz passar’ por integrante de um grupo social no qual não seria normalmente admitido [branco]”⁶¹⁴.

Quanto ao modo de atuar, o preconceito de origem revela uma ideologia de natureza racista – que leva à exclusão do negro em relação a certos direitos –, e

⁶¹⁰KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. Op. Cit., p. 120.

⁶¹¹NOGUEIRA, Oracy. Tanto Preto Quanto Branco: Estudos de Relações Raciais. Prefácio de Thales de Azevedo. São Paulo: T.A. QUEIROZ, 1985.

⁶¹²Idem., pp. 78-9.

⁶¹³Ibidem., pp. 83-4.

⁶¹⁴MAGNOLI, Demétrius. Op. Cit., p. 153.

segregacionista – tendendo a apartar o negro do convívio com os brancos, sendo irrelevantes as condições pessoais como o grau de instrução ou a ocupação⁶¹⁵.

Esse modo de pensar norte-americano resultou, em última análise, na própria vedação ao direito de existir dos mestiços, uma vez que sua parcela “branca” sempre seria desconsiderada, como bem demonstra Carl DEGLER:

[...] Historicamente, nos Estados Unidos, qualquer pessoa com ancestrais negros seria considerada negra, ainda que parecesse branca. Nos dias da escravidão e enquanto perdurou a segregação legal, um negro era definido por lei e pelos costumes como qualquer um que tivesse uma certa quantidade de ascendência negra – aproximadamente um oitavo. Mas já ocorreram casos no século XX em que qualquer quantidade de sangue negro levaria a que a pessoa fosse considerada, legalmente, como negra.⁶¹⁶

Segundo DEGLER, no sistema de classificação racial norte-americano a aparência física assume papel secundário, na medida em que, uma vez revelada a ancestralidade negra do indivíduo, também ele será automaticamente considerado negro, o que não raro leva ao fenômeno do *passing*, em que as pessoas socialmente consideradas negras buscam esconder sua ancestralidade para, dessa forma, se passarem por brancas. Nas precisas palavras do autor:

[...] Por essa definição genética ou biológica, milhares de negros também “passam” para o mundo dos brancos, a cada ano, lá permanecendo enquanto desejarem, ou conseguirem manter o seu segredo. Historicamente palavras como mulato, quadroon ou octorrom nos Estados Unidos – todas elas descrevendo diferentes graus de ascendência negra –, já foram usadas. Mas, na verdade, elas são apenas descritivas, não implicam qualquer significado social ou legal. Há apenas duas qualidades no padrão racial dos Estados Unidos: branco e preto – o indivíduo ou é um ou outro, não há posição intermediária.⁶¹⁷

Como asseverado pelo antropólogo Roberto DAMATA:

O fato de existir uma legislação rígida, facista e dualística nos Estados Unidos revela esse dualismo claro que indica sem maiores embaraços quem está dentro ou fora; quem tem direitos e quem não tem; quem é branco ou quem é preto. Há uma radical exclusão de todas as categorias intermediárias. É que, numa sociedade igualitária e protestante, como são

⁶¹⁵ NOGUEIRA, Oracy. Op. Cit., p. 85.

⁶¹⁶ DEGLER, Carl N. *Neither Black nor White. Slavery and Race Relations in Brazil and the United States*. Reprint. Madison, Wisconsin: The University of Wisconsin Press. 1986, pp. 101-2. Apud KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. Op. Cit., pp. 242-43.

⁶¹⁷ Idem.

os Estados Unidos, o intermediário representa tudo o que deve ser excluído da realidade social.⁶¹⁸

Estudos mais recentes, realizados por integrantes da Associação Americana de Psicologia, demonstraram que, apesar de passados mais de vinte e cinco anos das conclusões formuladas por DEGLER, e, outrossim, do incremento das relações multirraciais nos Estados Unidos, ainda prevalece uma forte percepção birracial da sociedade⁶¹⁹.

Neil GOTANDA demonstra que o próprio Poder Judiciário norte-americano adota essa visão disjuntiva da sociedade, ao amparar seus veredictos em duas regras de classificação: (1) a de reconhecimento ou identificação, em que qualquer pessoa na qual a ancestralidade negra possa ser observada será considerada negra; (2) e a de descendência, pela qual (a) qualquer pessoa com um traço conhecido de ascendência africana é negro, sendo irrelevante sua aparência ou que se tenha declarado diferente; (b) os filhos de um casal inter-racial (branco e negro) sempre são negros⁶²⁰.

Ocorre que, como bem observado por Richard POSNER, “[n]em sempre a classificação racial correta é óbvia, e, como o benefício se vincula ao pertencimento a grupos raciais específicos, os candidatos se veem incentivados a mentir sobre sua raça”⁶²¹. Segundo o autor, o critério de autoclassificação não se mostra sustentável ao longo prazo, na medida em que dependeria da boa-fé do candidato⁶²². Entretanto, também não se mostra adequado delegar a função de definir quem pertence ao grupo favorecido ao grupo ao qual o candidato afirma integrar, diante da possibilidade de abuso, uma vez que “[t]ais organizações podem definir o pertencimento de um indivíduo ao grupo a partir do comprometimento dele com os

⁶¹⁸ DAMATTA, Roberto. O que faz o Brasil, Brasil? 6ª ed., Rio de Janeiro: Rocco, 2001, p. 43.

⁶¹⁹ HO, Arnold K. *et alii. Evidence for Hypodescent and Racial Hierarchy in the Categorization and Perception of Biracial Individuals.* *Journal of Personality and Social Psychology.* 2011, Vol. 100, n. 3, pp. 492-506.

⁶²⁰ GOTANDA, Neil. *A Critique of 'Our Constitution is Color-Blind.* *Stanford Law Review* 44, n. 1 (1991): 1-68, 24. *Apud* SWEET, Frank W. *Essays on the Color Line and the One-Drop Rule.* Disponível em: <http://essays.backintyme.com/item/14>>; Acessado em: 29/4/13.

⁶²¹ POSNER, Richard. A economia da justiça. Trad. Evandro Ferreira e Silva. Rev.trad. Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 436.

⁶²² Idem., nota de rodapé n. 13.

objetivos políticos da organização, e não com base em fatores ‘objetivos’ (genealógicos)”⁶²³.

Dois exemplos confirmam tais afirmações.

O primeiro refere-se ao caso *Malone v. Haley*⁶²⁴. Em 1975 os irmãos gêmeos Phillip e Paul Malone participaram de um processo de seleção para ingresso no Corpo de Bombeiros da Cidade de Boston, sem sucesso em virtude das notas obtidas. Em 1977, entretanto, foram admitidos naquele departamento por meio de um programa de ação afirmativa criado em favor da minoria negra – embora suas notas fossem consideradas insuficientes caso houvessem se inscrito como “brancos”.

Nos dez anos seguintes os Malones desenvolveram carreiras de sucesso, obtendo excelentes avaliações para serem promovidos ao posto de Tenente. Ocorre que durante esse processo, um membro da comissão de avaliação os acusou de “fraude racial”, porquanto teriam falsamente declarado possuírem um ancestral negro no momento de sua admissão. Tal fato não apenas causou-lhes a demissão como, ainda, desencadeou uma reação política que levou à revisão das admissões realizadas com base na ação afirmativa anteriormente instituída.

Os Malone recorreram ao Poder Judiciário alegando que a participação no programa de ação afirmativa exigia apenas uma “auto-identificação” dos candidatos, motivo pelo qual eles deveriam ser considerados negros. O Juiz que julgou o caso firmou a premissa de que os irmãos poderiam apoiar sua pretensão em três argumentos: (1) por suas características fenotípicas; (2) apresentação de provas documentais, como certidões de nascimento, que estabelecessem sua ascendência negra; (3) pela evidência de que eles ou suas famílias ainda se consideravam negros e assim eram vistos por sua comunidade. Entendeu o Magistrado, contudo, pela improcedência do pedido, pois as provas coligidas aos autos levariam à conclusão diametralmente oposta à pretensão dos irmãos, uma vez que tinham pele clara, cabelos louros, coloração e características faciais caucasianas; as certidões apresentadas davam conta de que seus ancestrais eram brancos há pelo menos três

⁶²³ Ibidem., p. 437, nota de rodapé n. 14.

⁶²⁴ Nº 88-339 (Sup. Jud. Ct. Suffolk County, Mass. July 25, 1989).

gerações e, por fim, não havia evidências de que eles se identificassem pessoal ou socialmente como negros⁶²⁵.

Outro caso que remonta a meados da década de 1980 é o caso *Doe v. Louisiana Department of Health and Human Resources*⁶²⁶.

O referido processo foi movido por vários membros da família Guilloroy, objetivando compelir o réu a emitir e/ou ratificar certidões anteriormente expedidas entre os 1919 e 1941, ao argumento de que seus pais, brancos, haviam sido erroneamente classificados como negros.

Inconformados com a decisão de primeira instância que julgou improcedente sua pretensão, os autores apelaram ao Tribunal do Estado da Louisiana, sem sucesso. A Corte Estadual decidiu a controvérsia a partir da premissa de que designações raciais são percepções puramente sociais e culturais, vinculadas a critérios diversos como a aparência física, a hereditariedade, a auto-percepção e o reconhecimento da comunidade em que os indivíduos encontravam-se inseridos.

Entendeu o Tribunal, todavia, não existir nos autos provas de que os avós dos autores houvessem algum dia optado por serem designados como brancos, razão pela qual não se poderia impor ao Estado o dever legal de alterar os registros impugnados.

3.4. Implicações das ações afirmativas

Ao encerrar seu estudo, SOWELL chama a atenção para o fato de que a política de ação afirmativa, em “muitos países, países demais, resultou em benefícios relativamente pequenos para uns poucos e problemas enormes para a sociedade toda”⁶²⁷. Ademais, “a distribuição das vantagens da preferência de grupos

⁶²⁵ FORD, Christopher A. *Administering Identity: The Determination of Race in Race-Conscious Law*, 82 Cal. L. Rev. 1231 (1994). Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol82/iss5/3>>., acessado em 12/5/13.

⁶²⁶ 479 So. 2d. 369. (La. Cit. App. Oct., 18, 1985)

⁶²⁷ *Ibidem.*, p. 166.

e das cotas quase sempre cai no mesmo problema das desigualdades sociais mais amplas que elas, supostamente, deveriam remediar⁶²⁸. Isso porque:

A ilusão de compensar desvantagens muito frequentemente ignora a realidade de que os indivíduos mais provavelmente ressarcidos quase sempre são os de situações menos desvantajosas, mesmo quando os grupos a que pertencem passam por infortúnios.⁶²⁹

Afirma SOWELL, ainda, que nada obstante as propostas de criação de políticas afirmativas estivessem quase sempre associadas à ideia de promoção de uma “unidade nacional”, a história está recheada de “ressentimentos, polarização, violência e até guerra civil entre grupos no rastro de tais políticas em numerosos países”⁶³⁰. Daí o alerta: “aqueles se imaginam promovendo a harmonia intergrupos com a tentativa de reduzir disparidades econômicas entre os grupos, raramente levam em conta que a politização das diferenças pode ter efeito contrário”⁶³¹.

Outra questão apontada pelo referido autor, e que, ao menos em princípio, pode ser plenamente compatível com a realidade brasileira, diz respeito ao fato de que as injustiças sociais que ainda hoje atuam de forma mais acentuada sobre a população negra, tradicionalmente imputadas ao “caráter estrutural cumulativo da desigualdade”, não seria compatível com o histórico de deslocamento vertical de vários grupos minoritários. Isso porque:

A ideia de que se podem ler as injustiças do passado nas disparidades do presente fica ridícula à luz de todas as minorias em numerosos países que prosperaram mais que as respectivas populações majoritárias, sem qualquer possibilidade de discriminar contra tais maiorias e, muitas vezes, a despeito da persistente discriminação dessas maiorias contra elas.⁶³²

SOWELL critica, ainda, a associação existente entre a “sub-representação” estatística de um determinado grupo social em ocupações ou instituições cobiçadas, que traria em si, de forma implícita, a presunção no sentido de que “as grandes

⁶²⁸ Ibidem.

⁶²⁹ Ibidem., pp. 168-9.

⁶³⁰ Ibidem., p. 177.

⁶³¹ Ibidem., pp. 179-80.

⁶³² Ibidem., p. 183.

disparidades estatísticas na ‘representação’ demográfica não poderiam ter ocorrido sem discriminação”⁶³³.

Observa o autor, além disso, ser muito comum a utilização de táticas enganosas com o fito de tirar proveito das ações afirmativas, que vão desde a pura e simples reclassificação do indivíduo ou grupos, “a fim de auferir benefícios ou cotas previstos para outros tem acontecido comumente e vários países”⁶³⁴, como também na “utilização de critérios nebulosos e não-verificáveis para esconder a preferência de grupos na admissão às faculdades e universidades”⁶³⁵, o que nos EUA, muitas vezes significa a compensação dos melhores registros acadêmicos “de membros de um grupo por meio da maior ‘liderança’ e de outras classificações subjetivas de membros de um outro grupo”⁶³⁶.

Como será visto no capítulo seguinte, é justamente na ausência de critérios objetivos de seleção que reside o grande problema das ações afirmativas de viés racial implantadas no Brasil, pois não permitem a necessária motivação a que todos os atos do poder público encontrem-se vinculados, dificultando sobremaneira o controle pelo Poder Judiciário.

⁶³³ Ibidem., p. 185.

⁶³⁴ Ibidem., pp. 190-91.

⁶³⁵ Ibidem., p. 191.

⁶³⁶ Ibidem.

4. AS AÇÕES AFIRMATIVAS DE VIÉS RACIAL NO BRASIL

4.1. Considerações iniciais

As políticas afirmativas de viés racial, restritas por muito tempo aos debates acadêmicos, começaram a ser implantadas no Brasil nos primeiros anos da década de 2000.

No Estado do Paraná foi promulgada a Lei 14.274, de 24/12/2003, que estabeleceu em favor dos afrodescendentes reserva de 10% das vagas oferecidas em concurso públicos paranaenses, para o preenchimento de cargos efetivos. Nos termos do referido diploma legal, é considerado afrodescendente todo aquele que assim se declarar, em face sua cor (preta ou parda), raça ou etnia negra, sujeitando-se, em caso de falsa declaração, às penas da lei, bem como à anulação da inscrição no certame e de todos os atos daí decorrentes ou, caso já nomeado, à pena de demissão. Confira-se:

Art. 1º. Ficam reservadas aos afro-descendentes, 10% (dez por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos, efetuados pelo Poder Público Estadual, para provimento de cargos efetivos.

[...]

Art. 4º. Para efeitos desta lei, considerar-se-á afro-descendente aquele que assim se declare expressamente, identificando-se como de cor preta ou parda, a raça etnia negra.

Parágrafo único. Tal informação integrará os registros cadastrais de ingresso de servidores.

Art. 5º. Detectada a falsidade na declaração a que se refere o artigo anterior, sujeitar-se-á o infrator às penas da lei, sujeitando-se, ainda:

I – Se já nomeado no cargo efetivo para o qual concorreu na reserva de vagas aludidas no art. 1º, utilizando-se da declaração inverídica, à pena disciplinar de demissão;

II - Se candidato, à anulação da inscrição no concurso público e de todos os atos daí decorrentes.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, ser-lhe-á assegurada ampla defesa.

O Mato Grosso do Sul também adotou semelhante medida, criando reserva de vagas nos concurso para provimento de cargos efetivos, nos termos da Lei 3.594, de 10/12/2008 (alterada pela Lei 3.939, de 21 de julho de 2010), para índios e negros, bastando para estes últimos a simples autodeclaração, cuja falsidade

também importará em eliminação do candidato ou, se já nomeado, em sua demissão. *In verbis*:

Art. 1º O Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para negros e índios, reservando-lhes cota mínima de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento), respectivamente, das vagas oferecidas em todos os seus concursos para provimento de cargos públicos nos quadros de carreira.

[...]

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, será considerado negro aquele que assim se declare, no momento da inscrição, para o respectivo processo seletivo.

Parágrafo único. Detectada a falsidade na declaração a que se refere o caput, será o infrator penalizado com base na legislação vigente, sujeitando-se ainda a:

I - demissão imediata, se nomeado em cargo efetivo para o qual obteve aprovação através da reserva de vagas aludidas no artigo 1º;

II - caso seja candidato, a anulação da inscrição no concurso.

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei, no prazo de 60 (sessenta) dias, elaborando todas as normas necessárias para sua operacionalização.

Art. 4º As despesas com a execução desta Lei correção por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Nada obstante essas iniciativas, as cotas raciais ganharam visibilidade a partir de 2004, quando em atitude inédita no Brasil, a Universidade de Brasília (UnB) passou a adotá-las em seus vestibulares – prática hoje disseminada pela quase totalidade das universidades federais.

Em nível federal, todavia, o reconhecimento oficial da existência desses dois grandes grupos étnico-raciais adveio com a Lei Federal 12.288, de 20/07/2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial.

Destinado a assegurar à *população negra* a efetivação do direito à igualdade de oportunidades e o combate à discriminação e outras formas de intolerância étnica, o referido diploma legal conceituou como pertencente a esse grupo todos aqueles que se autodeclarem pretos e pardos, na sistemática utilizada pelo IBGE. *In verbis*:

Art. 1º. Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

[...]

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto

Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;

Mais recentemente, foi sancionada a Lei Federal 12.990, de 09/06/2014, que estabelece reserva de vagas destinadas a negros, em concursos para preenchimentos de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Confira-se:

Art. 1º. Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.
[...]

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Todas as leis citadas partilham, como se pode observar com facilidade, de uma mesma característica: apontam como único critério de classificação racial a autoidentificação. É nesse contexto que emerge a indagação: é possível conciliar um sistema legal fundado na autoidentificação com mecanismos de controle estatais, cuja principal característica é o uso de processos de heteroidentificação, sem que isso descambe em indevidos casuísmos e subjetivismos?

É esse questionamento que, por si só, justifica a relevância do presente trabalho, cujo deslinde, adianta-se, necessariamente passa pelo julgamento da ADPF n. 186, realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

4.2. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 186/DF

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 186/DF, ajuizada em 20 de julho de 2009 perante o Supremo Tribunal Federal, o Partido Democratas objetivava a declaração de inconstitucionalidade de diversos atos do Poder Público que resultaram na instituição de cotas raciais na Universidade de Brasília – UnB, ao argumento de que vulnerariam os artigos 1º, *caput* (princípio republicano) e inciso III (dignidade da pessoa humana), 3º, inciso IV (vedação ao preconceito de cor e a discriminação), 4º, inciso VIII (repúdio ao racismo), 5º, incisos I (igualdade), II (legalidade), XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos), XLII (combate ao racismo) e LIV (devido processo legal – princípio da proporcionalidade); 37, *caput* (princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade, corolários do princípio republicano), 205 (direito universal à educação), 206, *caput* e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino), 207, *caput* (autonomia universitária) e 208, inciso (princípio meritocrático – acesso ao ensino segundo a capacidade de cada um)⁶³⁷.

O autor iniciou sua argumentação afirmando que a ADPF não tinha por escopo (i) discutir a constitucionalidade de ações afirmativas enquanto gênero de políticas de inclusão social das minorias, nem (ii) questionar o modelo de Estado Social adotado no Brasil ou, ainda, (iii) refutar a existência de discriminação racial na sociedade brasileira⁶³⁸.

Feitas essas ressalvas, delimitou sua pretensão como sendo a de questionar o estabelecimento de ações afirmativas embasadas em um critério estritamente racial, apontando como óbices principais: (a) as discrepâncias observadas no acesso à educação e às posições sociais mais elevadas não se vinculam a uma discriminação racial, mas a um fenômeno de desigualdade social; (b) a concretização de tais políticas demandaria a criação de verdadeiros “tribunais raciais”, com poderes de definir quem é negro no país a partir de critérios arbitrários

⁶³⁷ ADPF n. 186. Petição inicial, pp. 2-3. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400108&tipo=TP&descricao=ADPF%2F186>>. Acesso em 21/6/13.

⁶³⁸ Idem, pp. 25-6.

e subjetivos; (c) o fato de tais políticas afirmativas embasarem-se em um princípio de justiça compensatória sem, contudo, identificarem quem efetivamente foram as vítimas de discriminações passadas⁶³⁹; (d) impossibilidade de importação do modelo norte-americano de ações afirmativas em virtude das diferenças de ordem histórica e social existentes entre os países, em especial no que diz respeito à inexistência, por aqui, de uma sociedade birracial nos moldes norte-americanos⁶⁴⁰.

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade⁶⁴¹, nos termos do voto proferido pelo Relator, Ministro Lewandowski, julgou improcedente a ADPF, ao entendimento de que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília:

[...] (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêm a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana [...].⁶⁴²

Como adiantado, a importância desse julgamento reside no fato de que pela primeira vez a mais alta Corte do País discutiu a utilização de critérios raciais em ações afirmativas, sendo certo que tal precedente será utilizado como referência para instituição ou manutenção de outras políticas de cunho racial, como a fixação de cotas para ingresso em concursos públicos⁶⁴³.

⁶³⁹ Ibidem, pp. 29-34.

⁶⁴⁰ Ibidem., pp. 58-67.

⁶⁴¹ Até o encerramento do presente trabalho, em 03/06/14 o acórdão ainda não havia sido publicado. Acompanhamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>.

⁶⁴² STF. ADPF n. 186. Voto Ministro Lewandowski, p. 47.

⁶⁴³ Nesse sentido: (a) Lei Estadual do Estado do Paraná n. 14.274, de 24/12/03, que reservou aos afrodescendentes 10% das vagas ofertadas em concursos públicos para cargos efetivos. (b) PLC 29/2014, que reserva aos afrodescendentes 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para o provimento de cargos efetivos na Administração Pública Federal, encaminhado à sanção presidencial em 21/05/2014.

4.2.1. Onde o STF acertou na ADPF n. 186/DF?

O Supremo Tribunal Federal acertou ao reconhecer que a implantação de políticas afirmativas encontra amparo no sistema de proteção dos direitos fundamentais, adotado em nosso sistema constitucional, que, por sua vez, à luz do princípio da justiça distributiva ou compensatória, impõe o estabelecimento de mecanismos institucionais objetivando erradicar ou, ao menos, diminuir as distorções econômicas e sociais existentes no país.

Também acertou o STF ao reiterar seu entendimento no sentido de que as ações afirmativas justificam-se plenamente, uma vez que compreendem mecanismos válidos de combate às iniquidades sociais oriundas de discriminações indevidas, presentes ou passadas. Da mesma forma, mostrou-se acertado o reconhecimento de que a constitucionalidade dessas políticas deve ser examinada “à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro, desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros que envolvem o debate”⁶⁴⁴.

Outro ponto de destaque na solução adotada pela Suprema Corte diz respeito à assertiva de que o acesso aos níveis mais elevados do ensino – e, por extensão, aos cargos e empregos públicos –, conquanto deva estar relacionado ao princípio da meritocracia, não pode perder de vista o que ocorre no mundo real, em que os candidatos podem estar em uma situação de desvantagem entre si, em face de disparidades sociais cuja solução muitas vezes está além de seus esforços individuais.

É louvável, ainda, o entendimento do STF de que, ao menos do ponto de vista científico, seria equivocada falar em raças humanas.

De fato, tal erro remonta às teorias do antropólogo Johann Friedrich BLUMENBACH que, ainda no século XVIII, mal interpretando o processo de diversificação morfológica decorrente do isolamento dos grandes grupos humanos espalhados pelo mundo – como forma de adaptação aos diferentes meio-ambientes aos quais estiveram expostos –, concluiu pela existência de pelo menos cinco raças

⁶⁴⁴ STF. ADPF n. 186. Voto Ministro Lewandowski, pp. 14-5.

humanas: branca ou caucasiana, negra ou etiópica, amarela ou mongoloide, vermelha ou americana e amarela ou malaia⁶⁴⁵.

Reproduzido de forma geral no meio acadêmico, esse equívoco perdurou até meados do século XX, quando a ciência finalmente concluiu que as diferenças observáveis entre os indivíduos, tais como cor da pele, textura dos cabelos, características faciais, etc., são absolutamente superficiais, uma vez que a variedade genômica entre esses grupos humanos é muito pequena, não alcançando 5% entre as chamadas raças e, simultaneamente, menos de 0,01% entre dois indivíduos, de tal sorte que toda discussão racial vincula-se a aproximadamente 0,0005% do genoma humano⁶⁴⁶.

Dessa forma, o discurso a respeito de raças humanas somente é admissível a partir de um contexto histórico-cultural, como bem asseverado no voto proferido pelo Ministro Lewandowski:

Cumpre afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores.⁶⁴⁷

Nada obstante os acertos acima apontados, o STF não deu uma solução adequada ao problema central deduzido ADPF n. 186/DF, consubstanciado no fato de que o estabelecimento de ações afirmativas estritamente raciais importará na adoção de critérios eminentemente arbitrários e subjetivos, a serem manejados por verdadeiros “tribunais raciais”, com poderes para classificar a população brasileira em “brancos” e “negros”, ou, sob outra ótica, entre “negros” e “não negros”, distanciando-se do contexto histórico-social brasileiro.

⁶⁴⁵ PENA, Sérgio D. J. Op. Cit., p. 14.

⁶⁴⁶ PENA, Sérgio D. J. BORTOLINI, Maria Cátira. Pode a genética definir quem deve se beneficiar das cotas universitárias e demais ações afirmativas?. *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 50, abr. 2004, p. 46. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 15/7/2013.

⁶⁴⁷ Idem., Voto Min. Lewandowski, p. 20.

4.2.2. Onde o STF errou na ADPF n. 186/DF?

A Constituição Federal de 1988, fundada no paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelece em seu artigo 3º, IV, como um dos objetivos fundamentais da República, a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁶⁴⁸.

Esse dispositivo constitucional apresenta-se como um elemento densificador do princípio da igualdade, elencado no artigo 5º, *caput*, da Constituição⁶⁴⁹.

Ocorre que, como já afirmado, é insuficiente se falar no princípio da igualdade a partir de sua dimensão apenas negativa e formal, impondo-se a obrigação de que todos os seres pertencentes a uma determinada categoria essencial sejam tratados da mesma forma, pois é imprescindível que se dê ao princípio da igualdade uma dimensão material ou substancial, mediante a fixação dos aspectos, características, circunstâncias ou situações que justificam que tais seres recebam um tratamento específico, em detrimento daquelas outras que não integram a mesma categoria essencial.

Nas precisas palavras de BOBBIO, a escolha desses critérios de diferenciação passa necessariamente pela utilização de juízos de valor que:

[...] além de não serem passíveis de demonstração, e sustentáveis apenas através de argumentos a favor ou contra, são também historicamente mutáveis, tanto que sobre a sua enunciação se dividem aqueles que são em geral contra a mudança (os conservadores) e aqueles que a aceitam (os progressistas).⁶⁵⁰

É justamente por isso que os fatores elencados no artigo 3º, IV, da Constituição Federal, embora não completamente proibidos, sejam desaprovados,

⁶⁴⁸BRASIL. Constituição Federal [1988]. Artigo 3º, IV. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 29/07/2014.

⁶⁴⁹“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

⁶⁵⁰ BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 316.

na medida em que, na correta dicção de BARROSO, sua “utilização traz uma forte possibilidade de inconstitucionalidade”⁶⁵¹.

Nada obstante tal conclusão, durante o julgamento da ADPF n.186/DF, o Ministro Lewandowski consignou que a utilização do critério social ou de baixa renda não seria suficiente para promover a integração dos grupos sociais excluídos, sendo necessários também os critérios de ordem étnico e racial”⁶⁵².

Para chegar a essa conclusão, o Ministro Lewandowski lança mão do pensamento de Zygmunt BAUMAN para, ainda que de forma implícita, corroborar a tese segundo a qual a valorização da população negra passa pelo reconhecimento de uma identidade étnico-racial. Confira-se, por oportuno, a seguinte passagem de seu voto:

Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial. É o que pensa, por exemplo, Zygmunt Bauman, ao afirmar que

“(…) a identificação é também um fator poderoso na estratificação, uma de suas dimensões mais divisivas e fortemente diferenciadoras. Num dos polos da hierarquia global emergente estão aqueles que constituem e desarticulam as suas identidades mais ou menos à própria vontade, escolhendo-as no leque de ofertas extraordinariamente amplo, de abrangência planetária. No outro polo se abarrotam aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da identidade, que não tem o direito de manifestar as suas preferências e que no final se vêem oprimidos por identidades aplicadas e impostas por outros – identidades de que eles próprios se ressentem, mas não tem permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar. Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam”.⁶⁵³

Entretanto, ao tratar da questão concernente à definição de quem é afrodescendente no Brasil, para fins de acesso às políticas de cotas raciais – ou em outros termos, para definição de uma identidade negra –, o STF não enfrentou a principal objeção arguida na ADPF n. 186/DF, no sentido de que a seleção dos candidatos seria realizada por meio de critérios eminentemente arbitrários e subjetivos.

⁶⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 250;

⁶⁵² STF. ADPF n. 186. Voto Ministro Lewandowski, p. 27.

⁶⁵³ Idem., p. 28.

É que o Ministro Lewandowski se limitou afirmar, genericamente, que a validade da seleção dos candidatos estará assegurada desde que sejam obedecidas as seguintes etapas: na primeira (autoidentificação), os próprios candidatos às vagas reservadas declaram sua categoria étnico-racial – preta ou parda; na segunda (heteroidentificação), uma comissão realizará o controle daquelas autoidentificações – por meio do critério da aparência física e não da ascendência – a fim de se coibir eventuais fraudes. Por oportuno, confira-se o seguinte trecho do mencionado voto:

Em outras palavras, tratando-se da utilização do critério étnico-racial para o ingresso no ensino superior, é preciso analisar ainda se os mecanismos empregados na identificação do componente étnico-racial estão ou não em conformidade com a ordem constitucional.

Como se sabe, nesse processo de seleção, as universidades têm utilizado duas formas distintas de identificação, quais sejam: a autoidentificação e a heteroidentificação (identificação por terceiros).

Essa questão foi estudada pela mencionada Daniela Ikawa, nos seguintes termos:

“A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% - ,essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (...); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato.

A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos”.⁶⁵⁴

⁶⁵⁴ STF. ADPF n. 186. Voto Ministro Lewandowski, pp. 38-9.

Nesse ponto, observa-se que também o Ministro Marco Aurélio não enfrentou de forma objetiva a questão suscitada pelo autor da ADPF, ao apenas consignar a necessidade de se privilegiar a presunção de boa-fé das autoridades públicas na escolha de “critérios razoavelmente objetivos”, pois não se deve “supor o extraordinário, a fraude, a má-fé, buscando-se deslegitimar a política”. Em suas próprias palavras:

Tem relevância a alegação de que o sistema de verificação de quotas conduz à prática de arbitrariedades pelas comissões de avaliação, mas não consubstancia argumento definitivo contra a adoção da política de quotas. A toda evidência, na aplicação do sistema, as distorções poderão ocorrer, mas há de se presumir que as autoridades públicas irão se pautar por critérios razoavelmente objetivos. Afinal, se somos capazes de produzir estatísticas consistentes sobre a situação do negro na sociedade, e, mais ainda, se é inequívoca e consensual a discriminação existente em relação a tais indivíduos, parece possível indicar aqueles que devem ser favorecidos pela política inclusiva. Para tanto, contamos com a contribuição dos cientistas sociais. Descabe supor o extraordinário, a fraude, a má-fé, buscando-se deslegitimar a política. Outros conceitos utilizados pela Constituição também permitem certa abertura – como os hipossuficientes, os portadores de necessidades especiais, as microempresas – e isso não impede a implementação de benefícios em favor desses grupos, ainda que, vez por outra, sejam verificadas fraudes e equívocos.⁶⁵⁵

O que o STF não viu – ou não quis ver – é que a construção de uma identidade, qualquer uma, inclusive racial, é um processo inerentemente subjetivo, o que torna paradoxal a afirmação formulada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que deve ela ser aferida com base em critérios “razoavelmente objetivos”. Isso porque, como leciona SILVA, a identidade e a diferença são artificialmente produzidas, pois “não são criaturas do mundo natural ou de um mundo transcendental, mas do mundo cultural e social”⁶⁵⁶.

A inconstitucionalidade da adoção de um critério racial, para fins de implantação de políticas afirmativas no Brasil, não reside na questão da má-fé de candidatos ou de membros das bancas de avaliação – sempre possível, é bem verdade –, mas na própria subjetividade do critério adotado, diante da enorme contaminação ideológica ao qual se encontra sujeito.

De fato, há que se considerar o alerta de Kathryn WOODWARD, no sentido de que toda e qualquer “afirmação política de identidade exige alguma forma de

⁶⁵⁵ Idem., Voto Min. Marco Aurélio.

⁶⁵⁶ SILVA, Tomaz Tadeu da. Op. Cit., p. 76.

autenticação⁶⁵⁷, que é muito frequentemente realizada “por meio da reivindicação da história do grupo cultural em questão”⁶⁵⁸.

Esse processo de (re)afirmação política de um determinado grupo social – no caso, o dos afrodescendentes –, equivale à definição da identidade constitucional a que se refere ROSENFELD⁶⁵⁹.

Como anteriormente visto, ROSENFELD afirma que a evolução do constitucionalismo evidencia a necessidade de respeito à alteridade e de reconhecimento de minorias, legitimando o caráter plural das sociedades contemporâneas. Para tanto, esse processo de (re)construção da identidade do sujeito constitucional deve se sujeitar à ideia de um governo limitado, à aceitação do Estado de Direito e à proteção dos direitos fundamentais⁶⁶⁰.

É por meio de um discurso constitucional que se busca instrumentalizar a existência de uma identidade negra como uma autoidentidade constitucional plausível e pertinente à identidade do sujeito constitucional, que, todavia, “só pode ser articulada pouco a pouco, por um sujeito parcial que deve construí-la a partir de fragmentos díspares que precisam ser projetados em um passado e em um futuro incertos”⁶⁶¹.

Esse processo de (re)construção da identidade constitucional é apresentado por ROSENFELD como resultado da utilização de três ferramentas: negação, metáfora e metonímia.

A contribuição essencial da negação para a definição da autoidentidade constitucional manifesta-se na busca de uma identidade negra distinta, pois, “enquanto pura negatividade, o sujeito constitucional vê-se como ausência, carência, hiato e aspira preencher esse vazio interno mediante o desenvolvimento de uma identidade positiva”⁶⁶².

A partir de uma visão pluralista da sociedade, que impõe a necessidade de uma maior diversidade de concepções de bem como meio de maximizar a

⁶⁵⁷ WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. *In* Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais. Tomaz Tadeu da Silva (org.). 12. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 26.

⁶⁵⁸ Idem.

⁶⁵⁹ Ver capítulo 1.3.1.

⁶⁶⁰ ROSENFELD, Michel. Op. Cit., p. 36.

⁶⁶¹ Idem., p. 41.

⁶⁶² Ibidem., pp. 52-3.

autonomia e a dignidade humanas⁶⁶³, o sujeito constitucional negro tenta emergir como um “eu” distinto, como integrante de um grupo social e político próprio, detentor de interesses e necessidades específicas a reclamar uma especial proteção do Estado.

Esse primeiro momento na busca pela definição de uma autoidentidade constitucional positiva é complementado pelos dois outros instrumentos retóricos mencionados por ROSENFELD – a metáfora e a metonímia.

Por meio da metáfora desloca-se a identidade constitucional para além de preconceitos relativos à diversidade racial, buscando similaridades na autonomia privada, no princípio da igualdade e na dignidade da pessoa humana, e menosprezando as diferenças relativas às características que inicialmente desencadearam o processo de negação. Por sua vez, o processo metonímico contextualiza as diferenças, especificando a nova identidade racial como parte da identidade do sujeito constitucional, pois as diferenças relativas à raça/etnia passam a ser incorporadas à identidade constitucional, em equilíbrio com as demais identidades relevantes.

Esse processo reconstrutivo permitiria que os negros, até então destituídos de uma consciência racial, porquanto perdidos em sua suposta brasilidade, consigam entrever em si as similaridades e equivalências necessárias à “formação do sentimento de solidariedade necessário em qualquer processo de identificação e de identidade coletivas”⁶⁶⁴.

Mas esse discurso acerca da afirmação de uma identidade negra também pode ser examinado a partir da tensão existente entre perspectivas essencialistas e não essencialistas. Uma definição essencialista da identidade sugere que existe um conjunto real, concreto, de características que todos os membros de um determinado grupo que busca afirmação partilham e que são inalteráveis ao longo do tempo. Já a definição não essencialista focalizaria as diferenças e as características comuns ou partilhadas, tanto pelos membros daquele grupo quanto por outros grupos. É nesse contexto que WOODWARD questiona:

⁶⁶³ Ibidem., p. 54.

⁶⁶⁴ Ibidem., p. 88.

[...] A identidade é fixa? Podemos encontrar uma “verdadeira” identidade? Seja invocando algo que seria inerente à pessoa, seja buscando sua “autêntica” fonte na história, a afirmação da identidade envolve necessariamente o apelo a alguma qualidade essencial? Existem alternativas, quando se trata de identidade e de diferença, à oposição binária “perspectiva essencialistas versus perspectiva não essencialistas”?⁶⁶⁵

O grande problema a ser enfrentado reside no fato de que, ao se falar em construção de uma identidade, ou mais especificamente, na afirmação de uma “identidade negra”, em oposição a identidades “não negras”, não se está diante de uma teoria com *status* científico em que é possível a aplicação de um teste de falseabilidade. Trata-se, antes e acima de tudo, tanto para aquele que classifica quanto para aquele que é classificado, de um processo subjetivo vinculado a experiências e percepções pessoais, como leciona POPPER. Ou, ainda, nas palavras de Kambengele MUNANGA:

Poder-se-á dizer, em última instância, que a identidade de um grupo funciona como uma ideologia na medida em que permite a seus membros de definir em contraposição aos membros de outros grupos para reforçar a solidariedade existente entre eles, visando a conservação do grupo como entidade distinta. Mas pode haver manipulação da consciência identitária por uma ideologia dominante quando considera a busca da identidade como um desejo separatista. Essa manipulação pode tomar a direção de uma folclorização pigmentada despojada de reivindicação política.⁶⁶⁶

Nesse sentido, Lília TAVOLARO aduz que, sendo uma categoria social, a identidade “está sujeita às variações históricas e manipulações políticas, institucionais e epistemológicas, bem como às relações de poder presentes em todos esses níveis”⁶⁶⁷.

SILVA, por sua vez, bem assevera que identidade, assim como a diferença, se revela como sendo uma relação social, cuja definição “– discursiva e linguística – está sujeita a vetores de força, a relações de poder. Elas não são simplesmente definidas; elas são impostas”⁶⁶⁸. Ademais, a disputa pela identidade nunca se dá de

⁶⁶⁵ WOODWARD, Kathryn. Op. Cit., pp. 12-3.

⁶⁶⁶ MUNANGA, Kabengele. *Negritude: usos e sentidos*. 3ª.ed., 1ª reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 13.

⁶⁶⁷ TAVOLARO, Lília G. M. Teoria social e o (re)conhecimento da raça: dilemas e reflexões. *In* Teoria & Pesquisa: Revista de Ciências Sociais. Vol. XVIII, n. 2, jul/dez 2009. UFSCar, Departamento de Ciências Sociais: Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais., p. 55.

⁶⁶⁸ SILVA, Tomaz Tadeu da. Op. Cit., p. 81.

forma inocente, pois sempre “está envolvida uma disputa mais ampla por outros recursos simbólicos e materiais da sociedade”⁶⁶⁹ Nas precisas palavras do autor:

A afirmação da identidade e a enunciação da diferença traduzem o desejo dos diferentes grupos sociais, assimetricamente situados, de garantir o acesso privilegiado aos bens sociais. A identidade e a diferença estão, pois, em estreita conexão com relações de poder. O poder de definir a identidade e de marcar a diferença não pode ser separado das relações mais amplas de poder. A identidade e a diferença não são, nunca, inocentes.⁶⁷⁰

Como afirma Howard WINANT, a raça assume um duplo papel, como constituinte da psique individual e de relacionamento entre indivíduo e, simultaneamente, como um componente irredutível de identidades coletivas e estruturas sociais⁶⁷¹. Em ambas as situações a raça aparece como resultado de um processo político – do qual participam muitos atores: elites, movimentos populares, agências estatais, organizações culturais e/ou religiosas e intelectuais de todos os tipos –, de cunho discursivo e, por isso mesmo, variável, conflituoso, passível de contestação em todos os níveis da sociedade⁶⁷². Para ele, um projeto racial não se limita a tentar interpretar, representar ou explicar uma dinâmica racial, traduzindo-se também em um esforço para organizar e distribuir recursos entre os grupos raciais⁶⁷³.

No caso brasileiro, a implantação de políticas de ações afirmativas de viés racial esbarra no problema da impossibilidade de se definir, quem efetivamente são seus beneficiários, diante da ausência de critérios suficientemente objetivos de discriminação. A necessidade de enfrentamento dessa questão vai além de um simples “problema técnico”⁶⁷⁴, ocupando o próprio centro do debate proposto na ADPF n.186/DF, eis que não se pode pensar em ações afirmativas dissociadas de critérios efetivos de seleção de seus beneficiários.

⁶⁶⁹ Idem.

⁶⁷⁰ Ibidem.

⁶⁷¹ WINANT, Howard. *Racial conditions: politics, theory, comparisons*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002, p. 23.

⁶⁷² Idem., pp. 23-4.

⁶⁷³ Ibidem., p. 24.

⁶⁷⁴ DAMATTA, Roberto. Notas sobre o racismo à brasileira. In A Sant’anna e J. Souza (org). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 71.

4.3. A inconstitucionalidade das ações afirmativas de viés racial em virtude da ausência de critérios objetivos de *discrímén*

Como anteriormente visto, as políticas afirmativas de viés racial partem de uma premissa fática que não se harmoniza com o suporte empírico observado na sociedade brasileira: a existência de dois grandes grupos raciais, constituídos por brancos e negros, em que prevaleceria a ideia de sociedade multiétnica, e não apenas miscigenada.

Prova cabal da dificuldade de enxergar a sociedade brasileira sob tal aspecto é revelada pela própria legislação em vigor, que estabelece como critério de *discrímén* a simples autodeclaração dos indivíduos, sem, todavia, apontar parâmetros objetivos pelos quais possam eles se guiar. Trata-se, à toda evidência, de um conceito fluído, sujeito a múltiplas interpretações, essencialmente subjetivo, portanto.

Cria-se, assim, um problema de ordem prática incontornável.

Caso se dê ao critério da autoidentificação maior amplitude, de modo que a condição de afrodescendente esteja vinculada tão simplesmente à ancestralidade, como ocorre na Índia, Malásia, Sri Lanka e EUA, as ações afirmativas de viés racial tornar-se-ão inviáveis. É que, segundo esse critério, as pesquisas realizadas por PENA revelam que o número de afrodescendentes chega a impressionantes 87% da população brasileira⁶⁷⁵, o que, não há dúvida, alteraria todas as estatísticas que apontam que os pretos e pardos ocupam a lanterna nos índices sociais e, por conseguinte, o próprio fundamento das ações afirmativas.

Também não se mostra válida a adoção de um critério de *discrímén* mais restrito, em que a mera ascendência deixa de ser suficiente para definir quem é afrodescendente, em prol da exigência de que os indivíduos apresentem determinados traços fenotípicos, associada a comprovação de que compartilham de uma determinada *cultura negra*.

Tal parâmetro de classificação, além de não encontrar respaldo na esparsa legislação existente e na realidade social brasileira, como já demonstrado, também

⁶⁷⁵PENA, Sérgio S.D. BORTOLINI, Maria Cátira. Op. Cit., pp. 38-9.

esbarra em uma questão de ordem lógica: estar-se-á admitindo que a discriminação no Brasil não atinge a todos os afrodescendentes, mas apenas uma parcela, o que enfraqueceria o argumento de que os todos os negros, por serem negros, são vítimas de um processo histórico de discriminação.

Como já demonstrado, os estudos empíricos realizados por NOGUEIRA revelam que, mesmo que não se possa afastar da sociedade brasileira certo traço de racismo, este se revela como um *preconceito de marca*, ou seja, aquele segundo o qual o critério de identificação do grupo discriminador e do grupo discriminado vincula-se à aparência física ou fenótipo⁶⁷⁶, de tal sorte que o processo de classificação dos indivíduos é influenciado por fatores subjetivos, tais como a aparência, comportamento social e o grau de inter-relacionamento existente entre os indivíduos⁶⁷⁷.

Nesse contexto, a mera classificação dos indivíduos a partir de sua ascendência, por força de eventuais traços fenotípicos ou, ainda, em face de supostos elementos culturais por eles compartilhados, não será capaz de assegurar que as políticas afirmativas alcancem a parcela da população brasileira que efetivamente seria vítima de preconceito racial.

Com efeito, esses critérios mostram-se completamente dissociados da premissa sobre a qual se constrói a defesa de implantação de ações afirmativas de viés racial no Brasil: a existência de uma população negra historicamente discriminada, a quem sistematicamente se negou, ou dificultou, o acesso aos níveis mais elevados da sociedade, por meio de mecanismos indiretos de segregação social. À luz desses critérios, não se pode falar em uma discriminação generalizada, na medida em que ela alcançaria apenas aqueles indivíduos cuja aparência ou comportamento sócio-cultural eventualmente não se enquadram em determinados parâmetros, que, outrossim, não são fixos, mas altamente subjetivos, como bem demonstrado por NOGUEIRA.

⁶⁷⁶ NOGUEIRA, Oracy. Op. Cit., pp. 78-9.

⁶⁷⁷ Nesse sentido: NOGUEIRA, Oracy, Op. Cit., pp. 79-80, 82 e 88-9. SKIDMORE, Thomas E. Op. Cit., pp. 81-2. SCHWARCZ, Lilia Moritz. Racismo no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2010, p. 68. HARRIS, M. Patterns of Race in The Americas. New York: The Norton Library, 1984, p. 60-1. *Apud* JENSEN, Geziela. Política de cotas raciais em universidades brasileiras: entre a legitimidade e a eficácia. Curitiba: Juruá, 2010, p. 243. FRY, Peter. Op. Cit., pp. 176 e 217; HARRIS, Marvin. Padrões raciais nas Américas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967, p. 117. RISÉRIO, Antônio. A utopia brasileira e os movimentos negros. São Paulo: Ed. 34, 2007, p. 18.

Tem-se, dessa forma, que a premissa segundo a qual é possível se crer na existência de uma *população negra*, que compartilha de uma identidade cultural própria, em oposição ao que seria, nas palavras de RIBEIRO, a identidade étnico-racial de brasileiros⁶⁷⁸, apresenta-se suficientemente controversa para impedir que seja acolhida pelo ordenamento jurídico como algo concreto, palpável, real, mormente diante da inexistência de parâmetros efetivos de controle. Nesse sentido, sob um aspecto histórico-cultural, se já se mostra impossível cindir a população brasileira entre brancos e negros, imagine-se criar distinções entre os próprios negros!

Bom exemplo da adoção de um critério mais restritivo de afrodescendente, e que resulta na subdivisão desse gênero em dois grupos distintos – em que só um deles tem direito de usufruir das políticas afirmativas –, pode ser observado no Edital do Vestibular 2014, da Universidade de Brasília, para quem as cotas somente podem ser pleiteadas pelos afrodescendentes que possuem determinados traços fenotípicos negros ou pardos⁶⁷⁹. Mas que traços são estes? Quem os definirá? O legislador ou uma banca examinadora? E os afrodescendentes que, por esses mistérios da genética, apresentam traços fenotípicos tradicionalmente associados aos europeus ou asiáticos? A pessoa parda, nascida em uma família de posses, que tenha frequentado as melhores escolas particulares ou públicas, que não compartilhe de determinadas preferências culturais associadas a um suposto *movimento negro* ou, ainda, que professe alguma religião tradicionalmente cristã, poderia ser excluída das políticas afirmativas?

Todas as iniciativas voltadas a conceituar quem é negro no Brasil, não baseadas em um padrão genético, invariavelmente padecem do mesmo vício

⁶⁷⁸ RIBEIRO, Darcy. Op. Cit., pp. 132-3.

⁶⁷⁹ UnB. Brasil. "EDITAL Nº 1 – VESTIBULAR 2014, DE 22 DE ABRIL DE 2014. [...] 5 DO SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS. 5.1 Para concorrer as vagas reservadas por meio do Sistema de Cotas para Negros, o candidato deverá possuir traços fenotípicos que o caracterizem como negro, de cor preta ou parda, conforme normas internas das Políticas de Ação Afirmativa da UnB; o candidato deverá também efetuar a sua inscrição via internet, conforme procedimentos descritos no item 3 deste edital, optando para concorrer pelo Sistema de Cotas para Negros. 5.2 No momento do registro, o selecionado deverá assinar um termo, fornecido pela UnB, se autodeclarando negro de cor preta ou parda. 5.2.1 As informações prestadas no termo serão de inteira responsabilidade do candidato, respondendo este por qualquer falsidade. 5.3 As vagas do Sistema de Cotas para Negros que não forem preenchidas serão adicionadas as vagas do Sistema Universal dos respectivos cursos". Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/vestibular/vestunb_14_2/arquivos/ED_1_2014_UNB_VEST_2014_ABERTURA.PDF>. Acessado em 06/06/2014.

conceitual: não conseguem estabelecer parâmetros efetivos de identificação de classificação dos indivíduos, restringindo-se, por isso mesmo, a critérios subjetivos, tais como a aparência, o comportamento social, etc.

Tal espécie de subjetividade esbarra no princípio da proporcionalidade, na medida em que, sendo imanente ao conceito de afrodescendência⁶⁸⁰ a ideia de que o indivíduo, independente de ser ele preto ou pardo, ou eventualmente branco, possui em maior ou menor grau ascendência africana^{681e682}, mostra-se inadequada a utilização de critérios sócios-culturais de classificação, pois importam na criação de uma subespécie do gênero afrodescendente, não alcançada pela ação afirmativa. Outrossim, a admissão desses parâmetros de classificação necessariamente impõe aos candidatos interessados em se beneficiar das políticas afirmativas o dever de comprovarem de que práticas racistas teriam sido vítimas, não sendo suficientes as alegações de ordem histórica, genéricas.

A partir desse contexto, outra questão importante emerge: como realizar o controle de eventuais “fraudes raciais”, sem esbarrar na utilização de critérios subjetivos de seleção de candidatos? A importância dessa indagação reside no fato de que qualquer tentativa de classificar os brasileiros como “brancos” ou “negros”, ou, ainda, entre afrodescendentes (gênero) e negros (subespécie), a partir sua aparência, crenças religiosas, gostos musicais ou outros aspectos culturais, se mostra um erro grosseiro, do ponto de vista do princípio da igualdade, por se tratar de uma tarefa essencialmente subjetiva.

A ausência desses parâmetros leva a outro problema, já identificado por SOWELL⁶⁸³, que diz respeito à impossibilidade de justificar, de forma racional e motivada, os critérios de seleção utilizados para escolha dos beneficiários das políticas afirmativas.

É assente na doutrina⁶⁸⁴ e jurisprudência pátria⁶⁸⁵ que nos atos administrativos vinculados, o poder de conformação do administrador Público é

⁶⁸⁰BRASIL. Leis 12.288, de 20/7/2010, e 12.990, de 09/06/2014.

⁶⁸¹BRASIL. IBGE. Censo Demográfico 2010. Op. Cit.

⁶⁸²PENA, Sérgio S.D. BORTOLINI, Maria Cátira. Op. Cit., pp. 38-9.

⁶⁸³SOWELL, Thomas. Op. Cit. P. 192.

⁶⁸⁴BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 25ª ed., rev. e atual. Até a EC 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 422.

⁶⁸⁵Nesse sentido: STF. AgRg no AI 736499. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 24/5/2012; STF. RMS 25988, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 13/5/2010. STJ. RMS 19.996/RJ, Rel. Min.

limitado, uma vez que não goza ele de liberdade para agir como bem entender, não lhe competindo formular juízos de valor, devendo, apenas praticar o ato quando preenchidos seus requisitos legais.

Há hipóteses, entretanto, em que a Administração Pública possui a liberdade para atuar de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade, ficando o administrador autorizado a optar por aquela alternativa que, a seu juízo, melhor atenda ao interesse público.

Ressalta-se, contudo, na feliz expressão cunhada por Adilson de Abreu DALLARI, que “a discricionariedade não é nem um cheque em branco, nem uma palavra mágica”⁶⁸⁶. De fato o mencionado juízo de conveniência e oportunidade deve ser exercido pelo Administrador segundo critérios consistentes de razoabilidade. Nas palavras de BANDEIRA DE MELLO:

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.⁶⁸⁷

Esclarece BANDEIRA DE MELLO, ainda, que uma das características da norma jurídica que apontam para a existência de certa discricionariedade do Poder Público é a utilização de conceitos vagos, “dotados de certa imprecisão e por isso mesmo irreduzíveis à objetividade total, refratários a uma significação unívoca inquestionável”⁶⁸⁸. Daí afirmar o referido autor⁶⁸⁹ a importância da motivação dos atos praticados pela Administração Pública, como garantia implícita nos artigos 1º, II, e parágrafo único⁶⁹⁰, e 5º, XXXV⁶⁹¹, da Constituição Federal, pois de outra forma:

Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 30/11/2009; STJ. RMS 30.365/MT, Rel. Min. MARIA Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 27/6/2012.

⁶⁸⁶ DALLARI, Adilson de Abreu. “Controle do desvio de poder”. In MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, e LIMA, Liana Maria Tabora (coords.). Abuso de Poder do Estado na Atualidade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, pp. 1-20.

⁶⁸⁷ Idem, p. 957.

⁶⁸⁸ Ibidem., p. 426.

⁶⁸⁹ Ibidem., pp. 112-3.

⁶⁹⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania; [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

[...] não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios.⁶⁹²

Daí concluir o referido administrativista que a ausência de suficiente e oportuna motivação torna ilegítimos os atos praticados pela Administração Pública, mormente porque não poderão ser validados pelo Poder Judiciário⁶⁹³.

Defende BANDEIRA DE MELLO, ademais, que o controle judicial também se estende aos atos discricionários, pois a interpretação do sentido da lei apenas “recolhe a significação possível em função do texto, do contexto e da ordenação normativa como um todo, aprofundando-se até o ponto em que pode extrair razoavelmente da lei um comando certo e inteligível”⁶⁹⁴. E complementa o autor:

Se há lei – e conclusão diversa seria absurda – é porque seus termos são inevitavelmente marcos significativos, exigentes ou autorizadores de uma conduta administrativa, cuja validade está, como é curial, inteiramente subordinada à adequação aos termos legais. Ergo, não há comportamento administrativo com as imposições normativas, compreendidas sobretudo no espírito, no alcance finalístico que as anima. E, sobre isto, a última palavra só pode ser do Judiciário.⁶⁹⁵

Consequência imediata da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos é a necessidade de a Administração Pública pautar-se pelos princípios da impessoalidade e da publicidade, previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República, pois, conforme dicção de Carlos Ari SUNDFELD:

[como] a Administração jamais maneja interesses, poderes ou direitos pessoais seus, surge o dever da absoluta transparência. “Todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido” (CF, art. 1º, § 1º). É óbvio, então, que o povo, titular do poder, tem direito de conhecer tudo o que

⁶⁹¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

⁶⁹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 113.

⁶⁹³ Idem.

⁶⁹⁴ Ibidem., p. 959.

⁶⁹⁵ Ibidem.

concerne à Administração, de controlar passo a passo o exercício do poder.⁶⁹⁶

Como lembrado por Diógenes GASPARINI⁶⁹⁷, ao conceito de impessoalidade podem ser dadas acepções distintas, ora no sentido de que se confunde, ou, ao menos, cuida-se de uma faceta do próprio princípio da igualdade, vendado qualquer espécie de discriminação antijurídica, ora como corolário da chamada “teria do órgão”, segundo a qual a responsabilidade pelos atos administrativos não é do agente público que os praticou, mas da pessoa jurídica por ele representada⁶⁹⁸.

Válidas se apresentam, assim, as considerações tecidas por FREITAS, no sentido de que o princípio da impessoalidade, ou da imparcialidade, tem por escopo impor à Administração Pública o dever de:

[...] dispensar tratamento isonômico de oportunidades, sem privilégios e direcionamentos espúrios, tampouco manobras persecutórias, sequer as movidas por supostas boas intenções. Intenta-se a instauração, acima de sinuosos personalismos, do governo de princípios e objetivos fundamentais, em lugar do idiosincrático império “emotivista” dos projetos de cunho faccioso de curto prazo.⁶⁹⁹

Importantíssimo, ainda, é o princípio da publicidade, ou da máxima transparência⁷⁰⁰ que, segundo FREITAS, “determina que a Administração Pública aja de modo a nada ocultar, na linha de que – com raras exceções constitucionais – tudo deve vir a público, ao menos a longo prazo”⁷⁰¹.

Segundo FREITAS, o direito fundamental à boa administração pública deve ser entendido como o “direito à administração eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e

⁶⁹⁶ SUNFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa. Direito de certidão, vista e intimação. Revista de Direito Público, v. 82, p. 54.

⁶⁹⁷ GASPARINI, Diógenes. Princípios e Normas Gerais. II Seminário de Direito Administrativo – TCMSP: “Licitação e Contrato – Direito Aplicado”. De 14 a 18 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/diogenes_gasparini5.htm>. Acessado em 03/06/2014.

⁶⁹⁸ V. SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 667.

⁶⁹⁹ FREITAS, Juarez. Op. Cit., p. 70.

⁷⁰⁰ BRASIL. Constituição Federal. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

⁷⁰¹ FREITAS, Juarez. Op. Cit., p. 77.

respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”⁷⁰². Por isso, afirma ele:

Toda e qualquer conduta administrativa que conspirar, frontal ou obliquamente, contra esse direito configura arbitrariedade por ação ou omissão. Nesse prisma, quando houver margem para a escolha de consequências, por opção do legislador, conferida a sujeito competente (ao lado da discricção cognitiva para fixar o conteúdo de conceitos indeterminados), essa margem não se coaduna com favorecimentos, perseguições, obras sem planejamento, desregulações, ilusionismos fiscais e gastos alheios às prioridades constitucionais.⁷⁰³

Como exemplo dessa subjetividade, cite-se o caso envolvendo os irmãos Alan e Alex Teixeira da Cunha, que após serem aprovados no vestibular 2007 a UnB, nas vagas reservadas para afrodescendentes, viram-se segregados pela banca examinadora, que decidiu que apenas Alan seria negro, mas não seu irmão Alex, apesar de serem eles gêmeos idênticos⁷⁰⁴.

Tendo em vista que a adoção de ações afirmativas de viés racial implica restrições a direitos fundamentais daqueles excluídos dessas políticas públicas, torna-se essencial que elas atendam o postulado da proporcionalidade, que, consoante afirmado por ÁVILA⁷⁰⁵, impõe a comprovação de que representam o meio adequado à persecução do fim almejado pelo legislador: combater as iniquidades sociais oriundas de discriminações indevidas, presentes ou passadas.

Esse exame de adequação também se revela particularmente desfavorável às políticas afirmativas de viés racial em sua primeira dimensão, pois não se mostram elas abstratamente adequadas para promover seu fim, por absoluta impossibilidade de se definir, de forma clara e objetiva, quem seriam seus beneficiários.

Essas ações afirmativas também não passam por um teste à luz do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse ponto, cabe reconhecer a necessidade de se realizar certo juízo de probabilidade, a fim de traçar as prováveis consequências futuras decorrentes da implantação das políticas afirmativas ora em exame. Todavia, considerando-se que o próprio legislador justificou em grande parte

⁷⁰²Idem., pp. 328-329.

⁷⁰³Ibidem., p. 329.

⁷⁰⁴Revista VEJA. Edição 2011, de 06/06/2007. Versão eletrônica disponível em: <http://veja.abril.com.br/060607/p_082.shtml>, acessado em 13/06/2014.

⁷⁰⁵Ver Cap. I.4.4.

a proposta de criação de cotas raciais no Brasil, através das experiências internacionais sobre o tema, é adequado considerar que não apenas os benefícios eventualmente decorrentes dessas políticas, mas seus infortúnios.

Mesmo em países nos quais a divisão da sociedade em grupos raciais ou étnicos ampara-se eminentemente em um critério de ascendência, não foram poucos os questionamentos surgidos quanto a possibilidade de inclusão ou exclusão de determinados indivíduos do rol de beneficiários das políticas afirmativas, exigindo do Estado expressa manifestação acerca de parâmetros para realização de tal desiderato.

Pode-se, dessa forma, antever de forma clara que as grandes dificuldades de ordem prática à implantação de ações afirmativas de viés racial, capazes de atender ao princípio da igualdade, certamente contribuirão para o crescimento de um mal estar na sociedade brasileira, como observado em outros países que já trilharam esse mesmo caminho.

A impossibilidade de utilização de critérios de seleção subjetivos já vem sendo enfrentada pelo Poder Judiciário, como revelam os recentes julgamentos realizados pelos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 4ª Regiões.

No caso *Silva vs. Universidade Federal do Maranhão – UFMA*, a autora, Fernanda Muniz da Silva, impetrou mandado de segurança objetivando assegurar sua participação no processo seletivo do vestibular 2008, para ingresso no curso de Medicina, na condição de candidata negra, bem como garantir a correção das provas de 1ª e 2ª etapas pelo sistema de cotas, sob o argumento de que seu pedido de inscrição foi indeferido de forma puramente subjetiva, mormente porque, no processo seletivo anterior, pedido idêntico havia sido acolhido.

O Tribunal, nos termos do voto proferido pela Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, firmou a compreensão no sentido de que o indeferimento da inscrição da autora efetivamente deveu-se à utilização de critérios subjetivos, sendo, portanto, ilegal⁷⁰⁶.

⁷⁰⁶ “ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR DA UFMA. CANDIDATA CONCORRENTE A VAGA NA CATEGORIA “COTAS NEGRO”.1. Candidata que concorre a concurso vestibular de ano anterior na mesma IES, na categoria “cotas negro”, é excluída da cota, em vestibular seguinte, tendo em vista a Comissão Especial de Validação de Opção concluir que suas características fenotípicas não se enquadram como passíveis de discriminação racial.2. Não sendo possível admitir que as características fenotípicas da impetrante tenham se alterado de um ano para outro, resta claro que o critério de exclusão da candidata, no caso, foi aleatório e injustificado, ferindo frontalmente o princípio

Por sua vez, no caso *Rosa vs Universidade Federal de Santa Maria – UFSM*⁷⁰⁷, o Tribunal Regional Federal da 4ª julgou a ação ajuizada por Leonardo Silva da Rosa, processou a UFSM objetivando ser matriculado no curso de Medicina, para o qual fora aprovado no Vestibular 2010 pelo sistema de cotas destinadas a afrodescendentes. Narrou o autor que sua matrícula foi negada em virtude do parecer contrário exarado pela “Comissão de Implementação e Acompanhamento do Programa de Ações Afirmativas de Inclusão Racial e Social”, criada no âmbito daquela Instituição de Ensino, tendo em vista que sua condição de afrodescendente (modalidade pardo) não seria condizente com sua respectiva “histórias de vida” e “características físicas”.

Entendeu a Corte Regional, nos termos do voto condutor proferido pelo Desembargador Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, que a preterição do autor seria ilegal, uma vez que a Comissão Avaliadora utilizou-se de critérios subjetivos e sigilosos para proceder a classificação racial do candidato. Segundo o Relator, essa subjetividade ficou evidenciada nas próprias perguntas formuladas pela Comissão, para quem, “[ao] que tudo indica, o candidato deve ter sido alvo de prática discriminatória, deve concordar com o sistema de quotas para afrodescendentes e estar engajado nos respectivos movimentos sociais”⁷⁰⁸.

É relevante observar que o julgamento acima noticiado não se trata de um caso isolado, haja vista que mesmo Tribunal Regional, em outros dois casos idênticos, confirmou o entendimento no sentido de que a avaliação das declarações

da razoabilidade (decorrência da impessoalidade e moralidade), que deve ser estritamente observado no encaminhamento das questões administrativas.3. Remessa oficial improvida” (BRASIL. TRF1. REO 0000732-90.2008.4.01.3700/MA, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJF de 26/2/2010).

⁷⁰⁷ “ADMINISTRATIVO. VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 207 DA CF/88. AUTODECLARAÇÃO. UFSM.- A jurisprudência deste Tribunal tem se orientado no sentido de que é possível, como decorrência da autonomia universitária prevista no art. 207, V, da Constituição, o estabelecimento de sistema de cotas. - Tendo em vista o disposto no artigo 1º, IV, da Lei nº 12.288/2010, segundo o qual considera-se população negra 'o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga', não é lícito à uma Comissão da Universidade excluir o candidato do concurso vestibular, ou, ainda, cancelar sua matrícula por não considerá-lo como pertencente ao grupo racial negro, invalidando a sua autodeclaração”. (BRASIL. TRF4: APELREEX 5002408-12.2010.404.7102, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'azevedoAurvalle, D.E. 25/07/2012).

⁷⁰⁸ Idem.

formuladas pelos candidatos cotistas não pode ser realizada por meio de critérios subjetivos^{709e710}.

Embora não estivessem em debate as políticas de ação afirmativa raciais, em mais de uma oportunidade o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que, nos concursos para ingresso em cargo público efetivo, não pode a Administração Pública se valer de critérios subjetivos de seleção.

No caso *Eliomar Ferreira Lima Júnior vs União Federal*⁷¹¹, o autor insurgia-se contra o resultado do exame psicotécnico que o considerou não inapto para o cargo de Delegado da Polícia Federal. A Suprema Corte, naquela ocasião, referendou o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no sentido de que, comprovada a subjetividade do referido teste psicotécnico, deveria ser ele considerado ilegal, por ofender o disposto nos artigos 5º, XXXV, e 37, *caput*, I e II, da Constituição da República, uma vez que estaria o Poder Judiciário inviabilizado de proceder a verificação da eventual lesão de direito individual decorrente desses critérios subjetivos.

Os precedentes acima mencionados demonstram que a questão concernente à inexistência de critérios objetivos de seleção dos beneficiários das políticas afirmativas de viés racial vai além de um mero debate acadêmico ou de um problema operacional, como afirmado por BARROSO⁷¹², uma vez que inviabiliza a própria implantação dessas políticas, pois como já bem demonstrado por BANDEIRA DE MELLO, restará ofendido o princípio da igualdade sempre que forem adotadas desigualdades fortuitas ou injustificadas, baseadas em critérios arbitrários⁷¹³.

O que não se pode perder de vista é que a ajuda das ciências sociais, embora essencial, leva a um resultado diverso daquele admitido pelo STF, a saber, ao reconhecimento do imenso grau de incerteza inerente a toda e qualquer tentativa de classificação racial no Brasil, em virtude de sua história e contexto sócio-cultural.

⁷⁰⁹ TRF4. AC n. 5006592-74.2011.404.7102, Terceira Turma, Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 18/07/2012;

⁷¹⁰ TRF4. APELREEX n. 5008089-26.2011.404.7102, Quarta Turma, Rel. Des. Jorge Antônio Maurique, D.E. 06/07/2012

⁷¹¹ STF. RE n. 243.926-6/CE, Rel. Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 10/08/2000.

⁷¹² BARROSO, Luís Roberto. Cotas raciais são legítimas com parâmetros razoáveis. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/politica-cotas-raciais-legitima-parametros-razoaveis>.

Acessado em 21/11/2012.

⁷¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. Op. Cit., p. 18.

Nesse diapasão, o argumento no sentido de que, assim como qualquer outro, sempre estará sujeito a eventuais distorções em sua implantação^{714e715}, embora verdadeiro, não se aplica ao caso das cotas raciais, mormente por se utilizarem, repita-se à saciedade, de um critério absolutamente suspeito, porquanto em princípio vedado pela própria Constituição Federal.

É certo que o Estado também se utiliza, em vários momentos, de critérios complexos de classificação como capacidade contributiva, hipossuficiência, deficiência física e etc. Tal fato, todavia, não autoriza a conclusão de que o critério racial seria apenas um entre vários critérios imprecisos, pois, ao contrário daqueles, sempre foi e será um tema delicado, em virtude do potencial de rompimento da estrutura social de um país, como observado na história de outros povos. Acrescente-se, ademais, que embora aqueles critérios também possuam, de fato, alguma carga de imprecisão, ainda assim podem ser aferidos em termos monetários ou por meio de exames médicos, cuja utilização não atrai qualquer espécie de suspeição do ponto de vista do princípio da igualdade.

Mas há ainda mais a ser dito. Como adiantado, a utilização de critérios subjetivos esbarra, para fins de implantação de políticas afirmativas raciais no Brasil, em um problema de ordem lógica, uma vez que contraria os próprios argumentos que deram suporte a criação dessas políticas.

As ações afirmativas têm por objetivo prevenir ou compensar discriminações historicamente sofridas por certos grupos sociais, seja em razão da origem, gênero, raça, etnia, deficiência física ou mental ou classe social, que resultaram em um alijamento ou em uma sub-representação daqueles grupos em determinadas esferas da sociedade. Essa é a premissa subjacente à legislação que cuida desse tema, que elegeu os afrodescendentes como beneficiários de uma atenção especial do Estado, sem quaisquer restrições.

Nesse contexto, repita-se, sob pena de afrontar a própria legislação que lhe dá amparo, e, dessa forma, o princípio da igualdade, não pode o Estado, no momento de selecionar os beneficiários das políticas afirmativas, passar a utilizar critérios subjetivos que importarão, como afirmado anteriormente, na criação de subespécies de afrodescendentes. Ou todos eles são reconhecidos como vítimas de

⁷¹⁴ STF. ADPF n. 186/DF. Voto Min. Marco Aurélio.

⁷¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Cotas raciais são legítimas com parâmetros razoáveis. Op. Cit.

presumidas discriminações passadas e presentes, fazendo jus às políticas afirmativas, sem quaisquer distinções, ou admite-se que as cotas raciais devem ser concedidas aos candidatos que efetivamente tenham sido vítimas de discriminação direta, hipótese que não mais poderá ser presumida, mas comprovada de forma clara e indene de dúvidas.

CONCLUSÃO

Como ficou claro, a presente dissertação fundamentou-se no seguinte problema: tendo em vista as características particulares da formação do povo brasileiro, altamente miscigenado não apenas do ponto vista biológico mas, antes e acima de tudo, culturalmente, é possível se pensar a utilização de políticas raciais de viés racial no Brasil?

Durante a presente pesquisa, demonstrou-se que, conquanto a definição do real conteúdo jurídico do princípio da igualdade seja uma das questões mais controvertidas na teoria do Direito, é possível afirmar sem temor que esse princípio não é afrontado pela mera existência de discriminações legais, pois é inerente às leis criar distinções.

Nesse contexto, observou-se que as ações afirmativas se apresentam como um meio legítimo de corrigir as distorções decorrentes das políticas públicas governamentais de natureza universal que, muitas vezes, são incapazes de prevenir ou combater determinadas discriminações sofridas por alguns grupos sociais.

Verificou-se, entretanto, que todo e qualquer ato governamental que estabeleça distinções entre pessoas com base em um critério racial deverá ser *a priori* considerado suspeito, de modo que competirá ao responsável por sua edição o ônus de demonstrar a existência de um interesse público constitucionalmente protegido, que ultrapasse os limites da mera conveniência administrativa.

Viu-se, ademais, que por mais bem intencionadas que sejam as ações afirmativas de viés racial adotadas no Brasil, também elas devem atender a um pressuposto essencial a toda e qualquer política pública que busque tornar mais flexível o princípio da igualdade entre os homens: a adoção de critérios objetivos de discriminação que atendam, simultaneamente, os princípios da proibição de excesso, da razoabilidade, da proporcionalidade e da publicidade.

Como demonstrado, o critério de desigualdade a ser adotado não pode impor restrições casuísticas aos indivíduos, os quais devem ser em um primeiro momento indeterminados e indetermináveis no presente. Ao mesmo tempo, a situação fática eleita como essencial à definição dos beneficiários das políticas

afirmativas deve ser reproduzível a qualquer tempo tanto do ponto de vista lógico quanto material.

Também foi possível aferir, por meio do estudo de algumas das mais antigas experiências internacionais a respeito da instituição de políticas afirmativas étnico-raciais, ser-lhes inerente a discussão acerca da definição de seus legítimos beneficiários. Nesse ponto, como verificado, mostra-se essencial o contexto histórico de formação de cada povo.

Daí afirmar-se que as soluções adotadas, por exemplo, na Índia e nos EUA, em face de suas particularidades – a persistência do sistema de Castas no primeiro e da regra da gota de sangue no segundo, ambos correlacionados à ideia de ancestralidade –, não se aplicam facilmente à sociedade brasileira, marcada por um altíssimo grau de miscigenação biológica e, principalmente, cultural, da qual resultou uma ausência de barreiras raciais suficientemente precisas, o que torna a ideia de uma identidade coletiva negra frequentemente evasiva.

Essa realidade não passou despercebida pelos defensores das políticas afirmativas raciais, os quais, mesmo diante da impossibilidade de construção de uma identidade negra a partir de critérios fenotípicos, defendem a possibilidade de utilização da raça enquanto conceito histórico-cultural.

Essa discussão, inicialmente travada apenas no meio acadêmico, não demorou a chegar ao Poder Judiciário, cujo ápice foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF nº 186/DF. Nada obstante a Suprema Corte houvesse acertado ao reiterar sua jurisprudência no sentido da inexistência de raças humanas, assim como ao reconhecer que as ações afirmativas encontram amparo em nosso sistema jurídico-constitucional, não há como deixar de ver que aquele julgamento foi marcado por uma contradição irreparável, consubstanciada na afirmação de que é possível falar em critérios objetivos para definição dos beneficiários das cotas raciais.

De fato, como se afirmou, tal discussão vincula-se muito estreitamente à ideia de construção de uma identidade negra no seio da sociedade brasileira. Ocorre que, diferentemente do que foi dito no julgamento da ADPF nº 186/DF, é praticamente unânime no meio acadêmico o entendimento segundo o qual a construção de uma identidade se dá em um quadro de alteridade, ou em outros termos, pela ideia da diferença entre nós e os outros. Assim, a construção de uma

identidade, qualquer uma, inclusive racial, caracteriza-se por se um processo inerentemente subjetivo e, como tal, insuscetível de passar por um teste de falseabilidade.

A fixação de parâmetros muito bem definidos para implantação de políticas públicas que importem na quebra da isonomia entre os cidadãos, em especial quando vinculados a uma classificação racial – historicamente conhecida como potencial fonte de abalo nas estruturas sociais –, vai além de um mero debate acadêmico ou de um problema operacional, ocupando o próprio centro do debate, pois o princípio constitucional da igualdade não admite a adoção de desequiparações fortuitas ou injustificadas, baseadas em critérios arbitrários.

Tem-se, dessa forma, que a adoção de cotas raciais mostra-se impertinente no Brasil, não apenas por se tratar de um critério marcadamente subjetivo e, portanto, sujeito a manipulações ideológicas, mas principalmente em razão de criar a possibilidade, além do razoável, de se estabelecer no seio da sociedade brasileira uma cizânia até então desconhecida.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Aurélio M. G. de. CARVALHO, Mário. Armas Confederadas, *in* Magnun, São Paulo, set/out 1988, ano II.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 400.

ALLEN, H.C. História dos Estados Unidos da América. Trad. Ray Jungman. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. *A Companion to the Civil War and Reconstruction*. In: FORD, Lacy K, (edição). Blackwell Publishing, 2005.

AMBEDKAR, B.R. *Annihilation of Caste*. Disponível em: <http://www.ambedkar.org/ambcd/02.Annihilation%20of%20Caste.htm#a01>>. Acesso em 9/9/2011.

APPIO, Eduardo. Direito das Minorias. Pref. de Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

APTHECKER, Herbert. Uma nova história dos Estados Unidos: a era Colonial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

AQUINO, São Tomás de. Suma Teológica, IIª Parte da IIª Parte, Q. LVII – LXXIX: Do Direito, Da Justiça e Das Suas Partes Integrantes, V. 14. Primeira Tradução Portuguesa, acompanhada do texto latino. Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Odeon, 1937.

ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARISTÓTELES, Ética a Nicômaco. Trad., textos adicionais e notas de Edson Bini, 2ª ed., Bauru: EDIPRO, 2007.

ATCHABAIAN, Serge. Princípio da igualdade e ações afirmativas. São Paulo: RCS Editora, 2004.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 25ª ed., rev. e atual. Até a EC 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

_____. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed., atual. 17ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BETEILLE, Andre. Caste, Class and Power: Changing Patterns of Stratification in a Tanjore Village. New Delhi: Oxford University Press, 1996.

BÍBLIA SAGRADA. Trad. Ivo Storniolo et al. São Paulo: Sociedade Bíblica Católica Internacional e PAULUS, 1990, p. 1473, 1ª Carta aos Coríntios, Cap. 12, V. 13.

BILLIER, Jean-Cassien. MARYOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Trad. Maurício de Andrade. Barueri, SP: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. A Justiça em Aristóteles. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela BeccacciaVersiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, 9ª impressão.

BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 3, pp. 217-229, fevereiro/2009.

BOURDIEU, Pierre. A Economia das Trocas Linguísticas. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

BRADBURY, Malcon; TEMPERLEY, Howard. Introdução aos estudos Americanos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, s/d.

BRASIL. Constituição Federal [1988]. Artigo 3º, IV. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BURNS, W. Haywood. The voices of negro protest in America. Reprinted of the first printed. London: OxfordUniversity Press, 1964.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Adilson de Abreu. "Controle do desvio de poder". In MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, e LIMA, Liana Maria Taborda (coords.). *Abuso de Poder do Estado na Atualidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

DaMATTA, Roberto. Notas sobre o racismo à brasileira. In A Sant'anna e J. Souza (org). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15, 1997.

_____. *O que faz o Brasil, Brasil?* 6ª ed., Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

_____. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

DANTAS, F.C. de San Tiago. Igualdade perante a Lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. *Revista Forense*, v. 116, p. 357-67, Rio de Janeiro, 1948. In *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DÁVILA, Jerry. *Diploma de brancura: política social e racial no Brasil – 1917-1945*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

DAVIS, Darien J. *Afro-brasileiros hoje*. São Paulo: Summus, 2000.

DE SILVA, K. M. Affirmative Action Policies: The Sri Lankan Experience. In *Ethnic Studies Report*, Vol. XV, No. 2, July 1997.

DELGADO, Sebastião Rodolfo. *Glossário Luso-Asiático*. Introd. Joseph M. Piel. Reimpressão do original de Coimbra: 1919-1921. Hamburgo: Buske, 1982.

DUARTE, Evandro C. Piza. Princípio da isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afrodescendentes) no ensino superior. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C Belo Horizonte*, ano 7, n. 27, jan./mar. 2007.

_____. (Coord.). *Cotas Raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político*. Curitiba: Juruá, 2008.

DUNCAN, Myril L. *The future of affirmative action: A Jurisprudential/legal critique*. Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, Cambridge: Cambridge Press, 1982.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. Rev. Tec. e da Trad. Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAIR. C. Christine. *Urban Battle Fields of South Asia: Lessons Learned from Sri Lanka, India, and Pakistan*. Santa Monica, CA: Rand Corporation, 2004.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3ª ed., São Paulo: Globo, 2001.

FARAGO, France. A justice. Trad. Maria José Pontieri. Barueri, SP: Manole, 2004.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009

FISCUS, Ronald J. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. Edited by Stephen L. Wasby; Foreword by Stanley Fish. Durham and London: Duke University Press, 1991.

FLEISCHACKER, Samuel. Uma breve história da justiça distributiva. São Paulo: Martins Fontes, 2008

FORD, Christopher A. *Administering Identity: The Determination of Race in Race-Conscious Law*, 82 Cal. L. Rev. 1231 (1994).

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. Apresentação Fernando Henrique Cardoso. 51ª ed., rev., São Paulo:Global, 2006.

FRY, Peter. A persistência da raça: Ensaios antropológicos sobre o Brasil e a África austral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____, *et alii.* (Org.). Divisões Perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

FULLER, Thomas. *Malaysia Dilutes Its System of Ethnic Preferences*. The New York Times. Edição de 30/06/2009.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2003.

GALANTER, Marc. *Competing Equalities: Law and the Backward Classes in India*. Delhi: Oxford University, Press, 1984.

GANDHI, Mahatma. *Freedom's Battle: being a comprehensive collection of writings and speeches on the present situation*. 2ª.ed. 1922.

GATHIER, Émile. O Pensamento Hindu. Trad. Raúl de Sá. Rio de Janeiro: Agir 1996.

GIORDANI, Mário Curtis. História da Grécia: Antiguidade Clássica I. 5ª ed., Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. História de Roma: Antiguidade Clássica II. 16^a.ed., Petrópolis: Vozes, s/d.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Maria Isabel Garrido. *La igualdad em el contenido y em la aplicación de la ley*. Madrid: Dykinson S.L., s/d.

GORDILHO, Agustín A. Tratado de derecho administrativo, t. II/XVIII-13 e XVIII-30 e 31, Buenos Aires: Machhi-Lopez, 1975. *Apud*SILVA, José Afonso da. Op. Cit.

GRAU, Eros Roberto. A interpretação/aplicação do direito. 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2003.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Classes, raças e democracia. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2002.

HARRIS, Marvin. Padrões raciais nas Américas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

_____. *Patterns of Race in The Americas*. New York: The Norton Library, 1984.

HART, H. L. A. O conceito de direito. Pós-escrito org. por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. RevTrad. Marcelo Bransão Cipolla. RevTec. Luiz Vergílio Della-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HO, Arnold K. etalii. Evidence for Hypodescent and Racial Hierarchy in the Categorization and Perception of Biracial Individuals. *Journal of Personality and Social Psychology*. 2011, Vol. 100, n. 3.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HOFBAUER, Andreas. Uma história de branqueamento ou o negro em questão. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

HOOVER, Virginia Matheson. *Short History of Malaysia: linking east and west*. Australia: Allen &Unwin, 2003.

IBGE. Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: 2010.

IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

IZECKSOHN, Vitor. *Escavidão, federalismo e democracia: A luta pelo controle do Estado nacional norte-americano antes da Secessão*. Topoi. Revista semestral do Programa de Pós-graduação em História Social da UFRJ nº 6 Janeiro-Junho de 2003, Vol. 04.

JAPIASSÚ, Hilton. MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

JENSEN, Geziela. *Política de cotas raciais em universidades brasileiras: entre a legitimidade e a eficácia*. Curitiba: Juruá, 2010.

JUNQUEIRA, Mary A. *Estados Unidos: a consolidação da Nação*. São Paulo: Contexto, 2001.

KARNAL, Leandro et alii. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2008.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Trad. Marylene Pinto Michael. Rev.Téc. e trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KULKE, Hermann. ROTHERMUND, Dietmar. *A history of Índia*. 3. ed. Londres e Nova York: Taylor & Francis e-Library, 2002.

LAPLANTINE, François. NOUSS, Alexis. *A mestiçagem*. Trad. Ana Cristina Leonardo. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MARTIN, Andre. *A guerra da sessão*. In *A história das guerras*. MAGNOLI, Demétrio (Org). 3ª ed. São Paulo: Contexto, 2006.

MAUÉS, Maria Angélica Motta. *Da 'branca senhora' ao 'negro herói': a trajetória de um discurso racial*", Estudos Afro-Asiáticos, n. 21, Rio de Janeiro, 1991.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *Le Principled'égalité dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: Economica, 1997.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica constitucional: igualdade e as ações afirmativas. In Discriminação e sistema legal brasileiro. Anais do Seminário Nacional organizado pelo Tribunal Superior do Trabalho em 20.11.2001.

MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa (*Affirmativeaction*) no direito norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. Londres: H. Acton, 1972.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano. Vol. 1. 5ª ed., rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MORRISON, Wayne. Filosofia do Direito: dos Gregos ao pós- modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev.Téc. Gildo Sá Leitão Rios. 2ª.ed., São Paulo: WMF Martins Fontes.

MUNANGA, Kabengele. Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional *versus* identidade negra. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. Negritude: usos e sentidos. 3ª.ed., 1ª reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

NASCIMENTO, Abdias do. O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado. Prefácio à edição nigeriana de Wole Soyinka; prefácio de Florestan Fernandes. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NISSAN, Elizabeth. STIRRAT, R. L. *The generation of communal identities*. In Sri Lanka: History and the Roots of Conflict. SPENCER, Jonathan (Editor). London and New York: Routledge, 1990.

NOGUEIRA, Oracy. Tanto Preto Quanto Branco: Estudos de Relações Raciais. Prefácio de Thales de Azevedo. São Paulo: T.A. QUEIROZ, 1985.

NOVAES, Roberto Vasconcelos. O filósofo e o tirano: por uma teoria da justice em Platão. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ONU. Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas.

ORTIZ, Renato. Cultura brasileira e identidade nacional. São Paulo: Brasiliense, 2012.

PAIXÃO, Cristiano. BIGLIAZZI, Renato. História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Finatec, 2008.

PARIKH, Sunita. *The politics of preferences: democratic institutions and affirmative action in the United States and India*. The University of Michigan Press, 1997.

PENA, Sérgio D. J. *Igualmente diferentes*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

_____. Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, v. 12, n. 1, p. 321-46, maio-ago. 2005.

_____. BORTOLINI, Maria Cátira. Pode a genética definir quem deve se beneficiar das cotas universitárias e demais ações afirmativas?. *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 50, abr. 2004.

PEREIRA, Amílcar Araújo. *O mundo negro: relações raciais e a constituição do movimento negro contemporâneo no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas: FAPERJ, 2013.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2ª ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, Olivier. *A história da escravidão*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, ed. Max Limonad, São Paulo: 1998.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. Rev. trad. Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

PRANDI, Reginaldo. *Raça e Religião*. *Novos Estudos* n. 42. (Julho). 1995.

_____. *Civitas*, Porto Alegre, v. 3, nº 1, jun. 2003.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia antiga*. 2ª ed. Trad. Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine: Platão e Aristóteles. São Paulo: Loyola, 2002, v. 2.

REZENDE, Cláudia Barcellos. MAGGIE, Yvonne (Org.). *Raça como retórica: a construção da diferença*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

RISÉRIO, Antônio. *A utopia brasileira e os movimentos negros*. São Paulo: Ed. 34, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

_____. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. Revista de Informação legislativa, Brasília, ano 33, n. 131, p. 286, Julho-setembro, 1996.

RODRIGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. Analisis del contenido esencial de los derechos fundamentales. Granada: Editorial Comares, 1996.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RUSSELL, Robert Vane. *The Tribes and Castes of the Central Provinces of India*. Vol. I. Londres: MacmillanandCo., 1916.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Racismo no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2010.

SHARMA, Arvind. *Reservation and affirmative action: models of social integration in India and the United States*. Nova Delhi: SagePublications Índia PvtLtda, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Tomaz Tadeu da. (Org.). Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais. 12. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

SISS, A. Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa: razões históricas. Rio de Janeiro: Quartet; Niterói: PENESB, 2003.

SKIDMORE, Thomas E. Preto no branco: Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930). Trad. Donaldson M. Garschagen. Prefácio Lilia Moritz Schwarcz. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SOWELL, Thomas. Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Estudo Empírico. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 2.ed. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2004.

SUNFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa. Direito de certidão, vista e intimação. Revista de Direito Público, v. 82.

TAGUIEFF, Pierre-André. O racismo. Trad. José Luís Godinho. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.

TAVOLARO, Lília G. M. Teoria social e o (re)conhecimento da raça: dilemas e reflexões. In Teoria & Pesquisa: Revista de Ciências Sociais. Vol. XVIII, n. 2, jul/dez 2009. UFSCar, Departamento de Ciências Sociais: Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. LOPES, Cristina (Org.). *Cotas raciais: Por que sim?* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Ibase: Observatória da Cidadania, 2006.

TELLES, Edward Eric. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Trad. Nadjeda Rodrigues Marques, Camila Olsen. Rio de Janeiro: RelumeDumará: Fundação Ford, 2003.

TENNEKOON, Serena. *Newspaper nationalism: Sinhala identity as historical discourse*. In Sri Lanka: History and the Roots of Conflict. SPENCER, Jonathan (Editor). London and New York: Routledge, 1990.

THAROOR, Shashi. *Nehru: the invention of India*. Nova York: Arcade Publishing, 2003.

UYANGODA, Jayadeva. *Ethnic Conflicts in Sri Lanka: Changing Dynamics*. Policy Studies 32. Washington D.C.: East-West Center Washington, 2007.

V.A. PaiPanandiker (ed.) *The Politics of Backwardness: Reservation*. Policy in India, New Delhi: Konark publishers, 1997.

VAKIL, A. K. *Reservation Policy and Scheduled Castes in India*. New Delhi: Ashish Publishing House, 1985.

WEISSKOPF, Thomas E. *Affirmative action in the United States and India: A comparative perspective*. Londres e Nova York: Routledge – Taylor and Francis Group, 2004.

WINANT, Howard. *Racial conditions: politics, theory, comparisons*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002.

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

ZONINSEIN, Jonas. FERES JUNIOR, João. (Org.). *Ação afirmativa e universidade: experiências nacionais comparadas*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006.