

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

## **A JUSTIÇA E AS CORES**

A ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
AFIRMATIVAS VOLTADAS PARA NEGROS E INDÍGENAS NO  
ENSINO SUPERIOR A PARTIR DA TEORIA DISCURSIVA DO  
DIREITO

*Damião Alves de Azevedo*

BRASÍLIA/DF  
2007

DAMIÃO ALVES DE AZEVEDO

## **A JUSTIÇA E AS CORES**

A ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
AFIRMATIVAS VOLTADAS PARA NEGROS E INDÍGENAS NO  
ENSINO SUPERIOR A PARTIR DA TEORIA DISCURSIVA DO  
DIREITO

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para  
obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
2007

*Para meus pais, Dorvelino e Maria da Conceição, que de tudo abriram mão para que seus filhos pudessem alcançar as oportunidades que eles não tiveram. Exemplos por toda a vida.*

*A vocês, todo meu amor.*

## Agradecimentos

Não só o trabalho científico é tarefa coletiva como todo conhecimento e experiência de vida são de algum modo saberes compartilhados. Por isso é preciso agradecer. Sobretudo àqueles que, cada um a sua forma e com seu exemplo, nos movem não apenas a fazer um trabalho melhor, mas principalmente a sermos pessoas melhores.

Em primeiro lugar ao professor Menelick de Carvalho Netto, cujas lições, desde o tempo da graduação na vetusta Faculdade de Direito da UFMG, têm decisivamente influenciado e orientado minha compreensão do direito, da Constituição e da justiça. Obrigado pela confiança, oportunidade e paciência, apesar de minhas muitas limitações.

A todo o grupo de pesquisas *Sociedade, Tempo e Direito*, que tão bem me recebeu mesmo antes de ser aluno da Universidade de Brasília, que me proporcionou um espaço ímpar de aprendizado e me fez sentir vontade, e orgulho, de participar desta Universidade. Ao *STD* devo a convivência com algumas das pessoas mais brilhantes que já conheci e cujas críticas contribuíram muito para minha pesquisa, como Paulo Blair e Fábio Portela. Foi também no *STD* onde, como no soneto do Vinícius de Moraes, vi ressurgirem, em novas pessoas, velhos amigos. Fábio Sá e Silva e Jorge Medeiros, que, mesmo tendo nós todos vindo de lugares diferentes, a vida insistiu em nos aproximar, primeiro no Ministério da Justiça, depois no mestrado da UnB e, por fim, numa boa convivência republicana.

Ainda quanto ao *STD*, não poderia deixar de agradecer a seus coordenadores, o professor José Geraldo de Sousa Júnior, exemplo de dedicação à universidade e um dos principais protagonistas na história da Faculdade de Direito da UnB, o professor Alexandre Bernardino Costa e, em especial, o professor Cristiano Paixão Araújo Pinto, por sua compreensão e ajuda quando mais precisei.

Mas preciso agradecer acima de todos àquele sem o qual essa minha aventura acadêmica não teria acontecido. Meu amigo e mestre José Eduardo Elias Romão,

cujo convite pra vir a Brasília veio num momento tão difícil e foi tão importante pra uma inesperada mudança de rumos na minha vida. Foi também ele que me indicou o *STD* e foi dele o incentivo e apoio determinantes pra que me candidatasse ao mestrado e retomasse um projeto que eu já considerava abandonado. Se minha admiração por sua capacidade de liderança já era grande nos tempos do Centro Acadêmico Afonso Pena, na UFMG, ela se intensificou ainda mais quando pude presenciar seu comando sereno e sua segurança tranqüila no tempo em que trabalhamos no Ministério da Justiça. E como se não bastasse, exemplo de conduta ética que move a todos ao seu redor. É um privilégio poder chamá-lo amigo.

E, por fim, nessa reta final, à Luciana. Imprescindível!

# ÍNDICE

<u>Seção</u>	<u>Página</u>
Resumo	8
Introdução: a respeito da cor	10
1 Enfrentando um modelo democrático assimilador	30
1.1 A proximidade que cega	30
1.2 A ausência do outro	61
1.3 Ações afirmativas <i>versus</i> políticas sociais racialmente neutras: medidas diferentes para problemas diferentes	67
1.4 O branqueamento como política pública	83
1.5 Uma democracia racial também possui minorias	115
1.6 O conceito tradicional de democracia racial como expressão de um modelo substantivo de democracia	124
1.7 Redescobrimo as cores	146
2 Um outro em meu lugar: as ações afirmativas ferem direitos subjetivos decorrentes do mérito individual?	150
2.1 A superação da ordem patrimonial do Estado brasileiro e o sentido da meritocracia	150
2.2 Há ainda lugar para o conceito de direito subjetivo?	168
2.3 O processo de especialização funcional do sistema do direito	169
2.4 O deslocamento do sujeito para o centro do mundo: o vínculo essencial entre a filosofia da consciência e o conceito de direitos subjetivos na Modernidade	179

2.5	Incremento e crise dos direitos subjetivos a partir do Estado Social	197
2.6	O conteúdo indeterminado dos direitos subjetivos	207
2.7	Os princípios na prática: o direito ao ensino superior	243
3	A tensão permanente entre igualdade de direito e igualdade de fato	262
3.1	É possível um controle de constitucionalidade não ideológico?	262
3.2	O caráter democrático do direito moderno: da filosofia da consciência à filosofia da linguagem	268
3.3	Políticas de inclusão: requisito indispensável ao Estado Democrático	300
3.4	Direitos a conquistar	336
	Referências bibliográficas	347

## RESUMO

Defende-se nesta dissertação a constitucionalidade de políticas públicas de inclusão de minorias étnicas discriminadas no ensino superior. Entretanto, essa defesa é feita não sob o argumento de que as ações afirmativas representam reparações por discriminações passadas, mas sim como medidas de ampliação da esfera pública política, destinadas a abrir canais de participação para indivíduos pertencentes a grupos discriminados no contexto social em razão de sua cor. No primeiro capítulo se discute se o atual contexto histórico brasileiro poderia justificar a necessidade de políticas públicas voltadas para o combate ao racismo. A partir do conceito de paradigma jurídico formulado por Habermas, descreve-se a concepção tradicional de democracia racial como a formulação brasileira do discurso de implantação do Estado Social no país. O elogio da mestiçagem e a ideologia da inexistência de raças, que sucedeu às políticas públicas de branqueamento que dominaram o início do século XX, são interpretados como discursos de afirmação de uma identidade nacional orgânica e naturalizada que exigia a eliminação dos conflitos e contradições sociais por meio de mediações estruturadas a partir do Estado dirigente e centralizador. No segundo capítulo se investiga se as vagas no ensino superior são direitos subjetivos absolutos ou recursos passíveis de remanejamento por políticas públicas fundamentadas. Por fim, retomando o conceito de paradigma do direito, e tendo por base a passagem de uma filosofia da consciência para uma filosofia da linguagem, defende-se no terceiro capítulo a necessidade de interpretação contextualizada do princípio da igualdade, representada através da contínua tensão entre igualdade formal e igualdade material que deve, a cada nova situação de conflito e discriminação, orientar a aplicação da norma jurídica de modo que nenhuma dessas compreensões ideológicas da igualdade tenha primazia absoluta sobre a



outra. A legitimidade de políticas públicas protetivas é buscada não num conceito abstrato de igualdade a priori ou na preferência por determinados valores, mas na luta por reconhecimento das próprias minorias contra o desprezo racial a que estejam submetidas, o que exige a constante reavaliação do contexto para se evitar que as ações afirmativas se transformem em meras concessões ou favores do Estado.

## **ABSTRACT**

This dissertation advocates that public policies of affirmative action in favor of ethnic minorities are constitutional. However, the defense of this thesis does not recur to the argument that the affirmative actions represent reparations for past discriminations, but instead measures to broaden the public sphere, in order to allow the participation of individuals that belong to discriminated racial groups. In the first chapter it is examined if the Brazilian present historical context may justify the need of public policies against racism. Starting from the concept of law paradigm as enunciated by Habermas, it is described the traditional conception of a racial democracy as the Brazilian discourse in the implantation of the Welfare State. The approval of racial blending and the ideology of the non existence of races that succeeded the public policies of “whitening” that took course at the early XXth Century are interpreted as discourses of affirmation of an organic and non criticized national identity that demanded the suppression of the social conflicts and contradictions by means of mediations put in place by a central governing State. In the second chapter it is examined if the access to a public university is a personal right to anyone or if this access is to be allocated according to justified public policies. At last, returning to the concept of a law paradigm, and based on the passage from a philosophy of the conscience toward a philosophy of the language, it is sustained in the third chapter the need of a contextualized interpretation of the equal protection constitutional clause, found through the continuous tension between the formal equality and the material equality that should, in each new case of conflict and discrimination, guide the application of a legal norm in such way that none of those ideological comprehensions of equality overlures the other completely. The legitimacy of protective public policies is searched not in a abstract concept of equality or in the preference for

certain values, but rather in the struggle for recognition of the minorities themselves against the racial contempt that they might be submitted to, which demands the constant reassessment of the context in order to avoid the transformation of the affirmative actions into mere concessions or favors from the State.

## INTRODUÇÃO: A RESPEITO DA COR

“Como seria cor e o que seria? Conhecia todas pelos nomes, dava com elas a cada passo nos seus livros, soavam aos seus ouvidos a todo momento, verdadeira constante de todas as palestras. Era, com certeza, a nota marcante de todas as coisas para aqueles cujos olhos viam, aqueles olhos que tantas vezes palpara com inveja calada e que se fechavam, quando os tocava, sensíveis como pássaros assustados, palpitações de vida, sob seus dedos trêmulos, que diziam ser claros. Que seria o claro, afinal? Algo que aprendera, de há muito, ser igual ao branco. Branco, o mesmo que alvo, característica de todos os seus, marca dos amigos da casa, de todos os amigos, algo que os distinguia dos humildes serviçais da copa e da cozinha, às vezes das entregas do armazém. Conhecia o negro pela voz, o branco pela maneira de agir ou falar. Seria uma condição social? Seguramente. Nos primeiros tempos, perguntava. É preto? É branco? Raramente se enganava agora. Já sabia... Nas pessoas, sabia...”

Orígenes Lessa, *As Cores*.

O conto *As Cores* tem por protagonista uma personagem, Maria Alice, que, não obstante nascida cega, era capaz de identificar a cor das pessoas ao seu redor. O mistério das cores lhe atiçava a curiosidade e em alguns casos lhe provocava certa confusão, não entendendo porque o preto era bonito nos vestidos e sapatos, mas feio e desvalorizado nas pessoas. De modo semelhante à matriarca dos Buendía, personagem do romance *Cem Anos de Solidão*, de Garcia Marques, que só depois que ficou cega descobriu que o sol mudava de posição ao longo do ano, a cegueira despertara em Maria Alice formas sutis de sensibilidade. Para ela a cor, nas pessoas, correspondia à condição econômica e social. Até que conhece, num instituto de educação para cegos, um colega

polido, bem educado e culto por quem se encanta e se apaixona. Por alguma razão que inicialmente não fora capaz de compreender, sua família a proíbe de se encontrar com o rapaz. Ao descobrir que ele era um mulato, uma cor-incógnita, é levada a refletir sobre o significado das cores das pessoas e a questionar o que até ali compreendera delas. De certo modo, esse é o mesmo itinerário que pretendemos seguir.

No Brasil toda a discussão sobre políticas públicas orientadas para beneficiar minorias raciais invariavelmente resvala em problemas que questionam não apenas a eficiência dessas políticas, mas a questão mais profunda e essencial acerca de sua legitimidade. É posto em dúvida não só se políticas racialmente orientadas funcionam, mas principalmente se no Brasil existiria o contexto de discriminação racial que justificasse sua aplicação. Como a jovem do conto, é recorrente a opinião segundo a qual o problema racial se resume à questão econômica. Não haveria portanto preconceito de cor, mas preconceito de classe.

A razão da ausência do preconceito no Brasil seria essencialmente a mistura de cores, a miscigenação racial. O contato sexual entre brancos, índios e pretos ao longo da história do Brasil teria de tal modo interpenetrado as identidades étnicas que não seria possível qualquer forma de tratamento orientado pela cor ou identidade racial das pessoas. Há algo de muito tentador em admitir o argumento de que, por não existirem raças, qualquer atitude orientada por tal idéia é inadequada e, portanto, racista. Até o fato de reconhecer a si próprio como índio, preto ou branco seria uma atitude equivocada. Conseqüentemente, sob tal ponto de vista, uma política pública voltada para a afirmação de identidades raciais seria necessariamente racista.

Não haveria pois outra saída para o combate ao preconceito que não o combate às identidades raciais. Isso fica bem explícito num discurso de Jorge Amado no qual se afirma:

É necessário que se repita que existe uma única solução para o problema racial: a mistura de raças. Tudo o mais, seja o que for, conduz irremediavelmente ao racismo.<sup>1</sup>

A seguir esse raciocínio, a conciliação e o respeito recíproco seriam impossíveis. Se tudo que não signifique mistura leva ao racismo, pressupõe-se impossível tolerar e respeitar o outro, o diferente. Pressupõe-se que não é possível que existamos como indivíduos diferentes. O fim do preconceito exige que eu me torne o outro e que o outro se torne eu. Embora seja um discurso contra o racismo, ele inadvertidamente nega o direito à individualidade e à diferença ao exigir a massificação e a uniformização de identidades. É como se o simples fato de alguém se identificar e se achar branco, índio ou preto já fosse por si só uma atitude racista.

Mais do que isso, esse argumento traz uma contradição interna. Ao se postular que a única solução para o racismo é a mistura de raças, se está a pressupor que existem raças – pois se não as houvesse não haveria o que misturar. E se existem raças, existem também indivíduos que se identificam como tal. Mas como a condição única para a eliminação do racismo passa a ser a eliminação das raças, se conclui que para combater o racismo deve ser negado o direito à individualidade daqueles que se identificam com

---

<sup>1</sup> In: NORVELL, John M. *A Brancura Desconfortável das Camadas Médias Brasileiras*. In: MAGGIE, Yvonne; REZENDE, Cláudia Barcellos. *Raça como Retórica: a construção da diferença* – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 247.

essas raças. Desse modo, tal discurso chega ao oposto de seu objetivo, pois transforma o reconhecimento da diferença em um ato de racismo.

As ações afirmativas estão obviamente na contramão desse argumento. Elas significam exatamente o contrário daquela opinião que só a mistura de raças pode extinguir o racimo, pois seu objetivo é exatamente *afirmar* identidades raciais. Não parece adequado entender que alguém que se ache branco é, por isso, racista. Enxergar as cores não é racismo. Racismo é uma atitude mental que orienta ações discriminatórias concretas de ódio ou desprezo. Parece hoje fora de dúvida que é uma atitude sem fundamento. Tem se demonstrado insustentável qualquer tentativa de hierarquizar raças humanas ou mesmo de separá-las segundo critérios precisos. Mas isso faz surgir um novo problema. Se é impossível separar os seres humanos em raças, como é possível *afirmar* identidades raciais? Parece muito lógico entender que, se não há raças, não há nada o que se afirmar.

Já se tornou senso comum o entendimento de que, para a biologia, não existem raças humanas. Todavia, não se deve esquecer que a eugenia já foi ciência um dia. A hierarquização das raças humanas já foi considerada um fato científico.

Geralmente se diz que identificar o indivíduo como membro de uma raça seria uma forma indireta de esmagar sua subjetividade e diluir sua individualidade, transformando-o apenas numa parte de uma coletividade abstrata e artificial. Fala-se que identificar o sujeito com uma raça seria uma forma de polarizar a sociedade, dividi-la em grupos adversários, violando assim a igualdade essencial que nos torna humanos. Porém, esse argumento não leva em consideração que humanidade também é um conceito coletivo, abstrato e artificial. E, principalmente, se esquece que todo indivíduo, por mais isolado que seja, tem sua subjetividade pautada a partir de experiências

concretas influenciadas pelos meios sociais dos quais participa. Mesmo as idiosincrasias mais peculiares de um indivíduo são desenvolvidas também a partir de sua interação social nas comunidades em que vive. Todo indivíduo também define sua subjetividade a partir de características coletivamente compartilhadas, identificando a si próprio simultaneamente como membro de um país, de uma nação, de uma religião, como torcedor de um time, etc. Portanto, negar ao indivíduo o direito de se identificar com uma coletividade qualquer, mesmo abstrata, significa negar a esse sujeito seu direito à individualidade. Impedir o indivíduo que se afirme como membro das coletividades com as quais, devido à sua experiência de vida e à sua história pessoal, se identifica, e obrigá-lo a ver-se apenas como humano, é uma forma ainda mais totalitária de negar ao indivíduo sua identidade.

Ao afirmar que ninguém é índio, ninguém é negro e ninguém é branco, pois somos todos apenas humanos, é uma forma ainda mais autoritária de subtrair do indivíduo sua subjetividade, forçando-o a reconhecer-se unicamente com uma coletividade ainda mais ampla e muito mais abstrata. Acusando as ações afirmativas de imporem a criação de uma nação bicolor, não se percebe que se está a sustentar a idéia de uma nação monocromática. É como se ninguém pudesse ser negro ou branco, mas fôssemos obrigados a ser *morenos*.

A genética de populações tem revelado a semelhança da estrutura química intramolecular dos grupos humanos, pondo em evidência os equívocos das antigas teorias acerca da superioridade racial e apontando que não existe qualquer relação entre genética e raça.<sup>2</sup> Tem surgido até mesmo alguma polêmica acerca de tentativas de

---

<sup>2</sup> BAMSHAD, Michael; WOODING, Stephen; SALISBURY, Benjamin A.; STEPHENS, Clairborne. *Decostructing the relationship between genetics and race*. In: Nature Reviews, volume 5, August, 2004,



classificar os resultados de testes clínicos em função de critérios étnicos ou raciais.<sup>3</sup> De uma forma ou de outra, é inevitável que o desenvolvimento da biologia molecular exerça algum impacto sobre o problema das identidades étnico-raciais.<sup>4</sup> Não obstante, recorrer à biologia para demonstrar a inexistência de raças e, por conseqüência, demonstrar a inadequação e ilegitimidade de políticas racialmente orientadas é uma falácia.

Em primeiro lugar porque esse recurso tem a pretensão de poder resolver um problema social por meio de um pretenso método científico. Desconsidera, no entanto, que o problema social não diz respeito à existência ou inexistência de raças no sentido biológico; mesmo porque a biologia não confere ao termo raça qualquer sentido técnico; mas à existência ou inexistência de práticas discriminatórias motivadas por elementos que, como a cor, estão na aparência do indivíduo e são compartilhados por grupos socialmente identificáveis. Ou, mais simplesmente, o fato de existir ou não existir uma classificação biológica capaz de identificar adequadamente os indivíduos em grupos nada tem a ver com o fato de alguns grupos serem identificados socialmente e discriminados por isso. Embora seja hoje considerado cientificamente errado segmentar a humanidade em raças, historicamente as pessoas receberam, e ainda recebem, tratamentos diferentes em razão de sua origem ou da cor de sua tez.

Desde muito antes dos pombos de Darwin que se sabe, até pela pré-histórica prática da pecuária, que os descendentes de populações isoladas tendem a apresentar,

---

p. 598-608. JORDE, Lynn B.; WOODING, Stephen P. *Genetic variation, classification and 'race'*. In: Nature Genetics Supplement, volume 36, n. 11, November 2004, p. 528-533.

<sup>3</sup> HAGA, Susanne B.; VENTER, J. Craig. *FDA race in wrong direction*. In: SCIENCE, 25 July 2003, volume 301, p. 466.

<sup>4</sup> TISHKOFF, Sarah A.; KIDD, Kenneth K. *Implications of biogeography of human populations for 'race' and medicine*. In: Nature Genetics Supplement, volume 36, n. 11, November 2004, p. 521-527.

depois de não muitas gerações, fenótipos distintos. Muito embora essas populações possam ser geneticamente muito semelhantes, nada impede que seus membros sejam externamente muito diferentes e que, culturalmente, essas diferenças sejam determinantes de atitudes e preconceitos. Por exemplo, o fato de o Brasil ter uma longa história de cruzamentos inter-raciais e uma população largamente miscigenada não impede que, em São Paulo, os chamados *Carecas do ABC* sejam capazes de identificar na rua, no meio da multidão, pessoas nordestinas, perseguindo-as e maltratando-as com insultos e humilhações. A motivação imediata dessa atitude é que os discriminadores são capazes de, pela aparência, identificar o indivíduo como membro de um grupo socialmente desprezado, não obstante geneticamente não exista qualquer diferença que justifique essa atitude. Um juiz que somente enxergasse na palavra raça suas incertas conotações biológicas, seria levado a concluir que, por não existirem raças, o racismo seria um crime impossível e, portanto, os perseguidores deveriam ser considerados inocentes. A injustiça produzida por tal decisão indica que não importa que a biologia nos diga que não existem raças se, socialmente, as pessoas são de fato tratadas assim.

O argumento biológico é uma falácia por uma segunda razão: não existe um critério uniforme e seguro nem sequer para a classificação das espécies. A suposta objetividade científica que se pretende alcançar recorrendo à biologia simplesmente não existe, pois a classificação das espécies é feita segundo convenções estabelecidas através de consensos entre os cientistas, havendo frequentemente mais de uma classificação válida para a mesma espécie. O valor científico de uma classificação proposta se dá pela adesão da comunidade científica, de tal sorte que a taxonomia se trata de uma categoria científica marcada por forte subjetividade. A separação dos organismos vivos em espécies é uma das questões mais polêmicas e imprecisas da

ciência.<sup>5</sup> Ao se recorrer à biologia para resolver o problema social do racismo, acredita-se estar blindando o argumento com a objetividade e segurança da ciência. Todavia, nem mesmo aquilo que nos define como espécie humana é algo imune a dúvidas, incertezas e, principalmente, ao estabelecimento de critérios discricionários estabelecidos por convenção.<sup>6</sup> E se a biologia diverge até mesmo quanto à definição da espécie humana, é inadequado pretender usá-la para solucionar a questão das diferenças étnico-raciais.

Os recentes avanços da genética têm trazido muitas contribuições para a compreensão do processo evolucionário e, conseqüentemente, para a discussão em torno das semelhanças e diferenças entre as espécies. Porém as descobertas da genética não substituíram a taxonomia tradicional. Não existe um critério que estabeleça um percentual de diferença genética acima do qual o indivíduo poderia ser classificado como de uma espécie diferente. Às vezes pode ocorrer que entre animais de determinado gênero, duas espécies estejam separadas por certo percentual de diferença genética, mas, num outro gênero ou classe, existam indivíduos com a mesma diferença

---

<sup>5</sup> MAYR, Ernst. *What is a species, and what is not*. Philosophy of Science, Vol. 63 (June 1996) p. 262-277. SITES JR., Jack W.; MARSHALL, Jonathon C. *Delimiting species: a renaissance issue in systematic biology* – Trends in Ecology and Evolution, volume 18, n. 9, September 2003, p. 462-470.

<sup>6</sup> A respeito das dificuldades acerca da definição da própria espécie humana, lembre-se que durante algum tempo o homem moderno e o *Homo neanderthalensis* foram tidos como membros de uma mesma espécie, o que levou à reclassificação desses indivíduos nomeando-os como *Homo sapiens sapiens* e *Homo sapiens neanderthalensis*. Atualmente, convencionou-se separá-las novamente, sendo tratadas como espécies distintas, falando-se apenas em *Homo sapiens* e *Homo neanderthalensis*. Também é prova da mesma dificuldade o fato de que arqueólogos e antropólogos divergirem quanto às características que definiriam como homens modernos os fósseis humanos mais antigos, com mais de cem mil anos, chegando por vezes a critérios extremamente sutis e subjetivos, sobre os quais não há consenso na comunidade científica, para diferenciá-los de outros homínídeos.

percentual classificados como pertencentes à mesma espécie. A biologia molecular tem sido utilizada não como alternativa, mas como complementação à taxonomia clássica.

A definição científica das espécies é tradicionalmente estabelecida, sobretudo, por diferenças morfológicas.<sup>7</sup> Mas classes diferentes de animais têm critérios diferentes de identificação, podendo se usar eventualmente algumas características não morfológicas, como, por exemplo, em algumas ordens da classe das aves, para as quais se utilizam diferenças de canto como marcadores para distinguir espécies e subespécies. Além das diferenças morfológicas, a cor é um dos principais marcadores taxonômicos utilizados para distinguir não apenas subespécies, mas também espécies próximas entre si. A genética tem ajudado a dar precisão às classificações tradicionais, confirmando categorias já existentes e eventualmente sugerindo algumas reclassificações.

Ao se traçar o perfil genético do indivíduo sem dúvida se estão a revelar muitos detalhes acerca de sua origem, e assim a contribuir de algum modo com a questão social do racismo.<sup>8</sup> Porém, assim como a genética não substitui a taxonomia tradicional na classificação dos seres vivos, tampouco é razoável a pretensão de se resolver através da genética a questão das diferenças étnico-raciais entre os seres humanos. A genética sem

---

<sup>7</sup> Na ordem dos falconiformes, por exemplo, o gênero dos falconídeos é separado do gênero dos acipitrídeos por uma minúscula diferença no osso átrio. Segundo uma das classificações usadas para os felídeos (existe mais de uma classificação cientificamente admitida) o gênero *panthera* é separado do gênero *felis* por uma diferença num osso na garganta que permite aos indivíduos do primeiro gênero rugirem. Ironicamente, o rugido era também o critério usado por caçadores para distinguir a onça-pintada (*panthera onca*) como um troféu mais valioso que a onça suçuarana (*felis concolor*), que estão de fato em gêneros diferentes em função da capacidade de rugir, o que ilustra jocosamente o quanto as classificações científicas podem estar sujeitas a convenções não muito distantes das classificações populares.

<sup>8</sup> COLLINS, Francis S. *What we do and don't know about 'race', 'ethnicity', genetics and health at the dawn of the genome era*. In: Nature Genetics Supplement, volume 36, n. 11, November 2004, p. 513-515. MOUNTAIN, Joanna L., RISCH, Neil. *Assessing genetic contributions to phenotypic differences among 'racial' and 'ethnic' groups*. Nature Genetics Supplement, volume 36, n. 11, p. 548-553.

dúvida pode auxiliar, por exemplo, no descobrimento da origem de certas doenças hereditárias ou na definição das rotas migratórias realizadas pelos ancestrais do homem moderno para a colonização dos continentes. Mas a discussão acerca do racismo não se dilui na questão genética simplesmente pelo fato de que as diferenças étnicas e o preconceito de cor não têm origem no perfil intramolecular do indivíduo, mas em sua aparência.

O que se quer pôr em relevo com esse talvez entediante debate sobre biologia é que o critério da cientificidade não é dotado de segurança e objetividade absolutas como acreditam aqueles que a ele recorrem na esperança de solucionar o problema. Aliás, a aplicação de certos critérios científicos para distinção de espécies e subespécies pode levar, ao contrário, à confirmação da distinção racial dos seres humanos. Sobretudo no caso da distinção entre subespécies, o critério adotado pela ciência é principalmente a aparência externa, isto é, o mesmo critério usado socialmente para separar as pessoas em raças humanas. No caso das aves a cor é uma das principais formas de se distinguir espécies e subespécies. Por exemplo, há uma espécie de falconiforme, o *Pandion haliaetus*, conhecida popularmente como gavião pescador, dividida em quatro subespécies ao redor do globo, das quais duas ocorrem nas Américas. A ciência usa dois marcadores para distinguir entre essas duas subespécies americanas, sendo que um é o hábito de migrar e o outro é a cor das plumas da face. A que tem hábitos migratórios, e ocorre em quase todo o continente, tem uma faixa negra cobrindo os olhos e parte da cabeça. A outra subespécie ocorre apenas no Caribe e tem a cabeça inteiramente branca.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Ver: <http://www.ospreys.org.uk>

A utilização da cor como marcador de distinção de espécies e subespécies não ocorre apenas em aves, mas também em mamíferos, inclusive primatas. No Brasil existe uma conhecida espécie de primata, cujo nome popular é macaco-aranha-da-cara-branca (*Ateles marginatus*) que se distingue de outras espécies de macaco-aranha unicamente por ter pêlos brancos na face e por só ocorrer numa das margens do rio Cristalino, no Parque Estadual do Cristalino, em Mato Grosso. Apesar de não existir nenhuma distinção morfológica significativa, sendo a cor a única diferença relevante, esses indivíduos não são classificados apenas como mais uma dentre as muitas subespécies do *Ateles geoffroyi*, mas como uma espécie própria e particularizada. Ou seja, nesse caso, o *critério científico* para separação dos indivíduos em espécies diferentes é nada mais nada menos que a cor.

Isso não é uma ironia retórica. É um ponto para reflexão acerca das limitações da discussão epistemológica nas ciências. As ciências biológicas ou químicas não têm um *status* mais ou menos científico que qualquer outro ramo do conhecimento científico. A biologia, como qualquer ciência, é um saber datado e que se sabe precário. E, como toda ciência, depende de convenções estabelecidas por consenso em debates entre os cientistas. Assim como já foi consenso que a espécie humana podia ser biologicamente separada em raças, hoje é consenso que não pode. Mas essa é uma conclusão que se sustenta enquanto for capaz de fornecer uma boa explicação para os fenômenos que estuda.

Grande parte das subespécies definidas pela biologia são subespécies territoriais, o que significa que são resultado do isolamento de populações que, devido ao intercruzamento ao longo de algumas gerações, assumiram características fenotípicas peculiares. Distinguem-se entre si exclusivamente pela aparência física, na qual

freqüentemente a cor é um dos marcadores mais relevantes. Se fosse seguida essa orientação e fosse aplicado esse *critério científico* à espécie humana seríamos forçados a reconhecer que populações humanas isoladas também assumem características fenotípicas peculiares e, portanto, seria legítimo reconhecer a existência de algumas subespécies humanas, o que é unanimemente rejeitado. Contudo essa rejeição não decorre da aplicação de critérios taxonômicos ou biológicos, mas sociológicos. O que desaconselha que a humanidade seja classificada em raças não é a biologia, mas sim a antropologia e a sociologia, que, para além de diferenças morfológicas ou fenotípicas, avalia a organização política e cultural dos seres humanos.

Antes das Grandes Navegações as populações da Terra estavam tremendamente isoladas. O intercâmbio genético entre populações distantes, e fenotipicamente diferentes, era extremamente reduzido e esporádico. Mesmo os grandes impérios multinacionais da China e da Macedônia não alteram muito essa tendência. Talvez a primeira experiência de intercâmbio maciço e contínuo entre grandes populações tenha se dado com o Império Romano, que estruturou uma rede de comunicações de velocidade e capilaridade únicas na Antiguidade. Porém, do ponto de vista da dispersão da espécie humana na face da Terra, mesmo o Império Romano não teve expressivo impacto no perfil genético da humanidade. A maioria das grandes migrações do mundo antigo, como também foi o caso das invasões germânicas do Império Romano, estabilizava-se sem construir uma rede permanente de intercâmbio entre populações distantes. Em termos de composição do genótipo de espécies distribuídas mundialmente, a interpenetração genética ocorrida nesses casos de incursões militares passageiras ou de grandes populações que ao migrar conquistavam novos territórios não

é muito distante do intercâmbio genético que ocorre entre grupos de outras espécies animais na luta por território.

Em mais de um milhão de anos do gênero *Homo* e em mais de cem mil anos do *Homo sapiens*, temos apenas alguns poucos séculos de trocas genéticas intensas entre populações de continentes diferentes. Valendo-nos dos critérios científicos tais quais são aplicados às outras espécies, seria biologicamente razoável propor a existência de subespécies humanas antes do surgimento da civilização ou mesmo antes das Grandes Navegações. Mas se esse critério fosse válido para as populações de outrora, com a mesma razão deveria ser válido para algumas populações isoladas que ainda existem, principalmente no Brasil e nas ilhas do Índico e do Pacífico, o que redundaria em encarar esses indivíduos como uma categoria à parte. Porém, a classificação dos seres humanos em subespécies não tem nenhuma serventia para a biologia e esse tipo de classificação simplesmente não é feita.

As ciências da vida distinguem os seres vivos em subespécies porque isso ajuda a descrição dos indivíduos e a identificação de sua procedência, facilitando e conferindo precisão à comunicação entre os cientistas. Mas como a interação na espécie humana se dá sob formas muito mais complexas, determinadas por religiosidade, línguas e outros elementos culturais, a identificação de subespécies humanas não tem nenhum interesse para aquelas ciências, que se desobrigam da extenuante tarefa classificatória que, mesmo quando lidam somente com descrições taxonômicas ou bioquímicas, já é tão indeterminada e subjetiva.

Se a discussão das ciências naturais é a respeito da natureza das cores, a discussão constitucional tem a ver com o respeito aos indivíduos independente de sua cor. Uma atitude omissa em relação à existência social do preconceito não torna a



Constituição cega às cores, mas cega à discriminação. Uma Constituição só será verdadeiramente cega às cores se estas não determinarem o respeito e a posição social dos indivíduos. Caso contrário, mesmo aparentemente cega, as cores continuarão a ser sentidas sob outras formas.

Acreditamos que com essas considerações iniciais é possível afastar a falsa discussão acerca da definição científica de raça para enxergarmos o que realmente interessa para o Direito Constitucional, que é saber se a justiça pode admitir políticas públicas orientadas para proteção de minorias discriminadas em razão da cor ou origem étnica. O debate constitucional acerca dos programas de ações afirmativas explicita algo que parece um paradoxo: a constitucionalidade de tais programas só pode ser admitida reconhecendo-se que deixarão de sê-lo. Afinal, se as ações afirmativas criarem as condições de igualdade que pretendem, é de se esperar que o contexto social se altere, de modo que as razões que as justificam possam vir a desaparecer no futuro. Não que seja necessário alimentar a esperança de abolir o preconceito do mundo, o que seria uma vã ilusão, dado que convenções estéticas, que valorizam certos atributos e desvalorizam outros, parecem ser indissociáveis das relações sociais. Porém, é admissível se esperar que se possa evitar que o preconceito se expresse em formas crônicas e sistemáticas de discriminação e exclusão. Se não é razoável imaginar uma sociedade de anjos imunes ao preconceito racial, é possível pelo menos almejar a construção de uma sociedade na qual as práticas discriminatórias possam ser jurídica e socialmente reprimidas ao ponto de políticas públicas racialmente orientadas se tornarem dispensáveis.

Discutimos aqui a constitucionalidade de uma política pública voltada para a efetivação de direitos sociais. Toda política social significa a intervenção do Estado na sociedade, intervenção esta implementada para incluir ou proteger indivíduos em

situação de risco social. Mas para proteger é preciso primeiro definir quem são os sujeitos que poderão gozar de tal proteção e, conseqüentemente, quem são aqueles que ficarão excluídos. Paradoxalmente, toda forma de inclusão representa uma exclusão correspondente. Políticas fiscais voltadas para pequenas empresas, excluem outras empresas que, embora pequenas, fogem de certos parâmetros monetários determinados pelas leis que estabelecem tais políticas. Políticas voltadas para as mulheres excluem os homens. Políticas voltadas para idosos excluem os não idosos. Os exemplos poderiam ser dados ao infinito, pois se trata de um elemento estrutural de toda e qualquer política social. Dado que a política lida com a administração de recursos finitos é preciso discriminar os beneficiários das ações concretas do Estado. Dessa sorte, o grande desafio das políticas públicas é discriminar os indivíduos e, ao mesmo tempo, garantir o respeito ao princípio da igualdade, ou, melhor dizendo, a discriminação efetivada por tais políticas deve representar a efetivação, em concreto, daquele princípio abstratamente previsto na Constituição.

Para que uma política pública possa ser considerada constitucional ela deve atender a três requisitos:

- a) deve haver um contexto presente de uma discriminação concreta.
- b) o bem jurídico objeto da política deve ser passível de alocação a partir de estratégias políticas fundamentadas.
- c) as estratégias políticas devem se legitimar pela realização em concreto dos princípios abstratos previstos na constituição.

No que diz respeito às políticas afirmativas no ensino superior voltadas para minorias raciais discriminadas, esses requisitos correspondem às seguintes questões:

- 1 Existe uma forma de racismo presente que obste a emancipação social de indivíduos identificados com grupos discriminados em razão de sua cor?
- 2 As vagas universitárias são direitos subjetivos indisponíveis ou podem ser alocadas conforme políticas públicas fundamentadas?
- 3 É possível conciliar o tratamento desigual consistente na utilização do critério racial na seleção de candidatos com os princípios constitucionais de liberdade e igualdade?

Os três capítulos deste trabalho visam responder a cada uma dessas questões, na ordem apresentada.

Assim o primeiro capítulo discute se realmente o racismo é um problema social no Brasil e por que políticas educacionais no ensino superior são relevantes para o combate ao racismo. Nesse ponto pretende-se demonstrar o conteúdo racial que esteve presente no direito brasileiro sobretudo nas primeiras décadas da República e como o aspecto racial foi determinante para a construção da concepção de nacionalidade brasileira.

Mas não basta constatar que o problema existe. É preciso saber se o meio proposto para seu enfrentamento, no caso as políticas afirmativas de conteúdo racial no ensino superior, lidam com recursos disponíveis, isto é, com recursos que podem ser distribuídos e remanejados conforme definido por objetivos publicamente fundamentados, ou se, pelo contrário, lidam com direitos subjetivos que não podem ser alocados nem negociados. Políticas afirmativas no ensino superior dispõem sobre a distribuição das vagas nas universidades. Logo, o segundo capítulo discorre acerca do conceito de direitos subjetivos, de modo a demonstrar que ninguém tem direito *a priori*

a ser médico, dentista, engenheiro ou qualquer outra profissão que exija um curso superior, por mais genial que seja, pois a própria existência ou não desses cursos é definida a partir de políticas públicas.

Por fim, no terceiro capítulo, discutiremos por que, e como, é possível que uma política que discrimina os indivíduos em razão da cor pode ainda assim significar a concretização da igualdade.

O eixo que dá unidade a esse conjunto de questões é o problema central da Teoria da Constituição: a interpretação do direito diante de conflitos contextualizados no tempo e no espaço. Nossas universidades e nossa prática judicial tradicional têm freqüentemente pautado a discussão sobre como interpretar o direito pela busca da última palavra, isto é, buscando-se saber quem dirá o que é o direito e qual é a interpretação correta em cada caso. Se as ações afirmativas não são reparações pelo sofrimento de gerações passadas, mas sim políticas dirigidas àqueles que sofrem a discriminação racial hoje, é de se esperar que elas não se perpetuem no tempo, sendo autorizadas somente enquanto forem necessárias para superar resistências sociais à emancipação de negros e indígenas ou outras minorias discriminadas. Sob tal perspectiva as ações afirmativas representam um dilema: como pode alguém – os juízes, os parlamentares, os professores, ou quem quer que seja – dar a última palavra sobre algo que, desde seu nascimento, se pretende transitório? Como se declarar constitucional uma política que se pretende *meta-inconstitucional*? A solução desse aparente paradoxo se dá compreendendo o caráter hermenêutico não só do direito, mas de toda experiência humana. A interpretação constitucional não é tarefa que se pode esgotar em orientações ideológicas dadas *a priori*. Embora os juízes sejam chamados a dar a última palavra em cada lide concreta, o significado abstrato dos comandos legais

não se estanca no tempo, o que exige a articulação de argumentos procedentes das mais diferentes ideologias num processo dialético, *mas sem síntese final*, entre princípios constitucionais de conteúdo aberto. É uma atribuição contínua de sentido que só poderá ser alcançada em cada caso concreto e será – não só em relação às ações afirmativas – sempre provisória. E é por isso que essas políticas são tão desafiadoras. Elas representam um exercício de auto-conhecimento que nos obriga, como indivíduos e como membros de uma dada sociedade, a refletir sobre o quanto nos tratamos como iguais e sobre o quanto somos indiferentes a formas injustas de desigualdade. Elas nos lembram que a busca pela justiça é uma tarefa de fazer contínuo, ininterrupto e indelegável.

# 1 ENFRENTANDO UM MODELO DEMOCRÁTICO ASSIMILADOR

“Nascido no exílio me disseram um dia:  
- Este é o teu país  
Olhei em torno  
e não me reconheci nas coisas que me  
rodeavam”

Abdias do Nascimento, *Imagem Noturna de Copacabana*

## 1.1 A PROXIMIDADE QUE CEGA

O artista – e certamente um dos mais importantes militantes do movimento negro no Brasil – Abdias do Nascimento, ao denunciar as experiências de racismo vivenciadas por ele, teve que enfrentar diversas críticas que têm por fundamento dois argumentos principais. O primeiro é o de que no Brasil não existe racismo. Já o segundo argumento reconhece a existência do racismo, mas afirma que no Brasil não é possível separar nitidamente os grupos étnicos, o que impediria qualquer política racialmente orientada para combater o racismo.

O primeiro argumento desqualifica a experiência de vida da pessoa discriminada, o segundo nega sua identidade. De acordo com o primeiro argumento, um negro ou um índio que se sente discriminado em razão de sua cor está *a priori* equivocado e, portanto, não tem o quê denunciar, pois as razões da alegada discriminação estariam mergulhadas num sem fim de razões econômicas e psicossociais que não diriam respeito à cor do discriminado. Em outras palavras, o ponto de vista do discriminado seria uma perspectiva deturpada ou fora de foco.

Já o segundo argumento nega ao indivíduo a própria possibilidade de se identificar como tal. Seu sentimento de discriminação estaria não só equivocado, mas representaria ele sim uma atitude socialmente inadequada e reprovável. Alguém que se identifica como negro ou índio estaria discriminando as pessoas em categorias inexistentes e inaceitáveis, alterando-se assim os pólos da relação de discriminação. Ou seja, o ponto de vista do discriminado é racista.

Essas são as duas críticas mais recorrentes no debate acerca da adequação constitucional de políticas voltadas para o combate do racismo. Portanto, antes de se discutir se uma política de ação afirmativa voltada para minorias raciais no ensino superior é ou pode ser constitucional, é preciso discutir se há sentido em se estabelecer um debate acerca do racismo no Brasil de hoje.

É internacionalmente conhecida a idéia de que o Brasil, apesar de ser uma nação multirracial e ter passado por experiências de escravidão indígena e negra, conseguiu integrar suas populações de forma coesa, não havendo entre nós discriminações sociais em razão da cor. A questão étnica, que em todo mundo é causa de segregação, violência e conflitos bélicos, no Brasil teria sido resolvida de forma pacífica e ordenada, devido ao contato sexual entre senhores e escravos, dando-se origem a uma nação mestiça na qual todos se reconheceriam como *morenos*. Uma sociedade sem cor.

Mas o que surpreende não é o argumento de que o alto grau de miscigenação, por ter levado à mistura de raças, elimina a possibilidade do racismo. O surpreendente é que esse argumento existe desde o tempo da escravidão. Lilia Moritz Schwarcz, estudando como era encarada a questão racial em fins do século XIX, transcreve um artigo publicado em 19 de janeiro de 1881 no jornal Província de São Paulo, no qual se

afirmava que “os brasileiros não distinguem raças”.<sup>10</sup> Isso foi escrito sete anos antes da Abolição. E não é uma posição isolada. Era opinião recorrente e generalizada na imprensa e dentre os intelectuais. Assim, mesmo diante da prática vigente que reservava a condição de escravo às pessoas de pele negra, já era amplamente difundida a idéia de que não havia racismo no Brasil. O fato de existirem registros de alguns raros escravos brancos não invalida o caráter racial da escravidão brasileira, pois esses brancos só eram escravos em virtude de sua origem étnica, ainda que fossem filhos de seus senhores. E mesmo essa relação dos brancos com seus filhos ilegítimos com as escravas revela uma orientação em razão da cor. Há registros que apontam para que filhos mestiços de pele clara tendiam a ser aceitos no ambiente familiar como agregados e sendo, eventualmente, até mesmo reconhecidos legalmente por seus pais. Contudo, mestiços de pele preta tendiam a ser desprezados, como ocorreu com o célebre abolicionista Luiz da Gama, vendido como escravo por seu próprio pai.

A contradição parece evidente. Como era possível afirmar que os brasileiros não distinguiam entre raças sendo que a escravidão tinha a raça por fundamento? No entanto, a afirmação de que ao tempo da escravidão os brasileiros não discriminavam entre raças parecia não surpreender seus contemporâneos, indicando estar de acordo com o sentimento da maior parte da sociedade. A idéia de que não há raças no Brasil é de tal modo enraizada que já existia em plena escravidão negra. Mesmo no tempo em que pessoas de pele preta eram coisas classificadas pelo direito como bens semoventes que podiam ser comprados, penhorados judicialmente, leiloados e constar de testamentos e inventários, a sociedade brasileira tinha para si que não era racista. Por isso, se o racismo nos escapava mesmo diante de tão óbvia, e oficial, segregação de

---

<sup>10</sup> In: SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Retrato em Branco e Negro: jornais, escravos e cidadãos em São Paulo no final do século XIX* – São Paulo: Cia das Letras, 1987, p. 181 [redação conforme o original].



raças, é preciso cuidado ao repetir a tese da inexistência do racismo no Brasil de hoje, pois a discriminação racial pode assumir formas bem menos visíveis que a escravidão.

Freqüentemente aqueles que acusam de racistas as políticas públicas voltadas para combater o racismo argumentam que tais medidas seriam simples importação de modelos americanos totalmente inadequados para a realidade brasileira e que se estariam sendo comparadas duas realidades absolutamente distintas, vez que a idéia de raça no Brasil não teria nenhuma relevância social. Esquecem, contudo, que as primeiras experiências de políticas públicas voltadas para a promoção de grupos étnicos discriminados surgiram não nos EUA, mas na Índia.<sup>11</sup> Neste país foram instituídas políticas para inclusão dos *dalits* (oprimidos), também chamados intocáveis, indivíduos que não pertencem a nenhuma das quatro *varnas*<sup>12</sup> que designam, na religião hindu, as castas, ou *jatis*, que por sua vez se subdividem em incontáveis sub-castas. Os *dalits* são indivíduos *sem-casta*, isto é, não são sequer considerados de castas inferiores, estando completamente excluídos do sistema estamental. De acordo com Thomas Sowell, um crítico das ações afirmativas, as políticas de inclusão das minorias étnicas na Índia começaram desde antes da independência, como fruto da luta dessas mesmas minorias.<sup>13</sup> Foi a partir da experiência de luta contra um desprezo concreto que se

---

<sup>11</sup> “O grande criador do sistema de cotas, tal como o conhecemos em nosso tempo, foi o intelectual indiano Bhimrao Ramji Ambedkar, líder dos *dalits*, ou intocáveis da Índia, que desde a década de 20 do século XX lutou contra a desigualdade inerente ao sistema de castas de seu país”. CARVALHO, José Jorge. *Inclusão Étnica e Racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior* – São Paulo: Attar Editorial, 2005, p. 179.

<sup>12</sup> Em sânscrito *varna* significa cor. A divisão das castas hindus parece ter origem na divisão social surgida com a invasão de tribos arianas vindas do Cáucaso, próximo ao Mar Cáspio, a partir de 1500 a.C., e que escravizaram os nativos, *dasya*, de pele escura.

<sup>13</sup> “A Índia também tem políticas de ação afirmativa há mais tempo que qualquer outra nação, começando nos tempos coloniais ingleses e depois incorporadas à constituição, quando o país se tornou independente,

organizou e fortaleceu o movimento por políticas de promoção social e educacional dos *dalits*.

Em outros países do sul da Ásia, também marcados por sociedades fortemente divididas por rígidos sistemas de castas, surgiram outras experiências de ações afirmativas voltadas para inclusão de minorias étnicas no serviço público e nas universidades. Depois de sua independência, Malásia e Sri Lanka, por exemplo, promoveram políticas de cotas raciais a partir do fim dos anos de 1950. Se por um lado é certo que o debate internacional acerca das ações afirmativas foi potencializado a partir da experiência de uma nação que está no centro de gravidade de política internacional, não se pode olvidar que a demanda por políticas de afirmação de identidades culturais e raciais foi construída de forma independente e a partir das experiências de luta por reconhecimento de diferentes minorias em diferentes países.

O próprio movimento negro brasileiro tem reivindicado políticas educacionais específicas muito antes das ações afirmativas serem implantadas em universidades americanas. O jornal *Quilombo*, dirigido por Abdias Nascimento e voltado para debater a situação do negro no Brasil, publicado entre 1948 e 1950, trazia em todas suas edições uma coluna intitulada *Nosso Programa*, na qual se divulgava como missão do jornal a valorização do negro brasileiro em todos setores sociais através de cinco objetivos centrais, um dos quais era lutar para que:

---

em 1947". SOWELL, Thomas. *Ações Afirmativas ao Redor do Mundo: um estudo empírico* – Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2004, p. 23.

sejam admitidos estudantes negros, como pensionistas do Estado, em todos os estabelecimentos particulares e oficiais de ensino secundário e superior do país, inclusive nos estabelecimentos militares.<sup>14</sup>

Esse mesmo jornal, em vários números, publicava inúmeras matérias sobre discriminação em instituições de ensino, sobretudo religiosas e militares, relatando experiências de estudantes negros e suas dificuldades para serem admitidos nessas escolas e chamando a atenção para o problema específico do acesso e permanência do negro na escola. Em algumas edições se publicavam notícias da formatura de negros em cursos superiores. Isso era claramente uma estratégia de promoção da auto-estima negra. Porém, revela que a graduação de um negro era suficientemente rara a ponto de se transformar numa notícia de jornal e numa reivindicação pública. Portanto quem afirma que a campanha por ações afirmativas no ensino superior é um estrangeirismo está a desconsiderar a luta do movimento negro brasileiro já de algumas décadas.

É inegável que o racismo no Brasil é expresso de forma bem diferente do racismo vivido nos Estados Unidos, na Índia, na Malásia, na África do Sul, em Israel ou em qualquer outra parte do mundo. Não há entre nós um histórico significativo de conflitos coletivos motivados inequivocamente pelo ódio racial. Perseguições institucionalizadas, conflitos armados e linchamentos públicos motivados pelo ódio racial não foram tão comuns desde a Abolição como ocorreu, por exemplo, no sul dos Estados Unidos depois do fim da Guerra de Secessão, em Ruanda, na Somália e em

---

<sup>14</sup> *QUILOMBO*: vida, problemas e aspirações do negro. Edição fac-similar; apresentação de Abdias do Nascimento e Elisa Larkin Nascimento; introdução de Antônio Sérgio Alfredo Guimarães – São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo/Editora 34, 2003.

outros diversos países africanos depois da independência.<sup>15</sup> De fato os grupos étnicos no Brasil foram e são relativamente permeáveis e a miscigenação é um dado que sempre foi apontado em nossa historiografia desde a colonização. Porém, será que a miscigenação por si só é algo suficiente para impedir o surgimento do racismo?

A experiência portuguesa parece indicar que não. Já se apontou por diversas vezes que antes da colonização do Brasil Portugal era desde muito uma nação miscigenada. Na Península Ibérica, devido à prolongada presença dos conquistadores árabes e devido à precoce experiência de importação de escravos negros, não haveria o mesmo orgulho racial presente nos povos do norte da Europa. A miscigenação em Portugal teria sido de tal proporção que não só os povos caucasianos do norte se lhes distinguiriam, como também mesmo os povos africanos discriminariam os portugueses dos demais europeus.<sup>16</sup>

Gilberto Freyre, ao defender a tese da ausência de um papel decisivo da raça na sociedade portuguesa lembra que em Portugal os povos de pele escura, antes de serem

---

<sup>15</sup> Petrônio Domingues menciona um episódio ocorrido na localidade de Penha do Rio do Peixe, em São Paulo, em fevereiro de 1888, no qual um grupo de anti-abolicionistas e fazendeiros promoveram uma noite de perseguições, quando invadiram e saquearam casas de abolicionistas e assassinaram o delegado de polícia por ser também favorável à causa abolicionista. Entretanto, embora fatos assim tenham ocorrido principalmente às vésperas do fim da escravidão, foram episódios esporádicos e de pouca repercussão (RODRIGUES, Petrônio. *Uma história não contada: negro, racismo e branqueamento em São Paulo no pós-abolição* – São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2004, p. 74)

<sup>16</sup> “Ainda em nossos dias, um antropólogo distingue-os [os portugueses] racialmente dos próprios vizinhos, os espanhóis, por ostentarem um contingente maior de sangue negro. A isso atribui o fato de os indígenas da África Oriental os considerarem quase como seus iguais e de os respeitarem muito menos de que aos outros civilizados. Assim, afirma, para designar os diferentes povos da Europa, os seus discriminam sempre: europeus e portugueses” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil* – 26 ed. – São Paulo: Cia das Letras, p. 53). Gilberto Freyre relata um depoimento muito posterior de um negro do Congo Belga, que confirma essa prática de discriminar os portugueses dos demais europeus (FREYRE, Gilberto. *Um brasileiro em terras portuguesas* – Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1953, p. 25).

escravos, foram dominadores durante muitos séculos, razão pela qual os portugueses não só não lhes destinariam o mesmo desprezo que outros povos europeus, como haveria até certa admiração. Embora mencione obras que narram como as mulheres de mais elevada condição se esforçavam em não tomar sol para se diferenciarem socialmente, Freyre sustenta que a figura da mulher moura, de pele escura, seria mesmo um ideal de beleza que teria contribuído para afastar sectarismos raciais.<sup>17</sup>

Sérgio Buarque de Holanda estima que por volta de 1541 cerca de um quinto da população portuguesa era constituída de escravos africanos.<sup>18</sup> Diversos depoimentos de cronistas da época evidenciam o caráter multirracial da sociedade portuguesa. De acordo com o depoimento de um português de 1535 “em Lisboa os escravos e escravas são mais que os portugueses”, enquanto que, ao descrever a célebre procissão dos Passos em Lisboa, “um visitante estrangeiro dizia em 1798 que participavam dos préstitos entre 4 e 5 mil almas, sendo a maior parte constituída de negros e mulatos, de negras e mulatas”.<sup>19</sup>

Luiz Felipe de Alencastro reúne material bibliográfico e pictórico que mostra a forte impressão causada sobre visitantes estrangeiros ao se depararem com a grande quantidade de negros e mulatos nas ruas de Lisboa, o que os fazia sentir que não estavam em um porto europeu.<sup>20</sup> Porém, essa enorme presença de negros e mulatos servindo no ambiente familiar e esse elevado grau de miscigenação não impediu que Portugal, antes que qualquer outro país da Europa, implementasse a empresa colonial baseada na escravidão de pessoas de pele negra.

---

<sup>17</sup> FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala* – 46 ed. – Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 81 *et seq.*

<sup>18</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil* – 26 ed. – São Paulo: Cia das Letras, p. 54.

<sup>19</sup> HOLANDA, *idem*, p. 54 (destaque nosso).

<sup>20</sup> ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *O trato dos viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul* – São Paulo: Cia das Letras, 2000, p. 77 *et seq.*

A escravidão praticada na África e nos países árabes antes das Grandes Navegações tinha características pré-modernas, vez que não estava associada a nenhuma forma de produção industrial ou mercantil. A escravidão moderna surge quando o escravo passa a ser utilizado em sistemas de produção em larga escala, nos quais a pessoa do escravo é irrelevante e substituível, ao contrário da escravidão antiga, na qual o escravo está inserido numa estrutura social orgânica em que cada pessoa tem uma função social própria e, não raro, indispensável. Na pré-história, bem como em povos cuja tecnologia é de algum modo comparável às culturas do paleolítico – como, no Brasil Colônia, se dava com a maioria dos índios do ramo lingüístico Jê – ou do neolítico – como se dava com a maioria dos índios do ramo Tupi – os meios de produção existentes não permitiam que o trabalho individual produzisse além do necessário à subsistência do indivíduo, de sorte que não havia excedente passível de apropriação por terceiro. Nessas culturas o escravo de guerra não tem aplicação produtiva, pois em razão das limitações tecnológicas ele consome praticamente tudo aquilo que eventualmente produz. Por isso a principal destinação do cativo é o sacrifício ritual. Sua morte, como oferenda aos deuses ou através da antropofagia, não representa prejuízo para a tribo, pelo contrário, a libera da necessidade de sua manutenção.

Somente com o desenvolvimento tecnológico é possível que o trabalho do cativo gere produto suficiente para sustentar a si mesmo e ao seu proprietário, dispensando este do trabalho produtivo e justificando a manutenção do cativo como escravo. Dispensado do trabalho de subsistência, o senhor pode ocupar-se em acumular mais poder conquistando pela guerra ou pelo comércio mais braços, e mais poder, para si. Contudo, na Antiguidade, o trabalho ainda mantém sua característica de pessoalidade. Em razão de sua natureza artesanal, o produto do trabalho depende em muito da pessoa do

trabalhador, o que gera a dependência recíproca entre senhor e escravo. Por ser extensão do senhor, o escravo tem lugar próprio no tecido social. Mas com o progressivo desenvolvimento tecnológico, o produto do trabalho passa a depender cada vez menos da personalidade do trabalhador, até o ponto em que num empreendimento mercantil ou pré-industrial, a pessoa do escravo torna-se insumo, podendo ser gasta e trocada a qualquer instante, criando-se a forma mais brutal de exploração humana.

Ora, foi em Portugal onde praticamente se inventou a escravidão moderna, pois foi a primeira nação européia a aplicar em larga escala, e de forma sistemática, o trabalho escravo em empreendimentos mercantis e capitalistas. Como se sabe, não eram quaisquer pessoas que poderiam ser submetidas à escravidão moderna. Ela estava reservada a pessoas de certa cor. E inclusive era justificada como benefício a essas pessoas, pois retiraria o negro da barbárie africana, levando-o ao contato com a civilização. E tudo isso foi implementado por uma nação que aos olhos do resto da Europa era mestiça e mulata, e na qual não haveria arraigado orgulho racial. Portanto, afirmar que o racismo é impossível simplesmente porque certa nação é tolerante aos casamentos inter-raciais e apresenta alto grau de miscigenação não é suficiente, pois por mais miscigenada que fosse a sociedade portuguesa, isso não a impediu de implementar a escravidão moderna, que é a forma mais cruel e violenta de racismo.

A idéia de que a miscigenação apaga os estigmas da cor pressupõe que o contato e a intimidade entre os grupos étnicos levam necessariamente à superação do preconceito. Contudo, se esse contato se dá de forma exageradamente assimétrica ele pode reproduzir, mesmo na intimidade e na proximidade, a mesma estrutura de dominação de um grupo sobre outro. Ainda que isso possa amortecer as relações sociais, isso não significa a eliminação do racismo, na medida em que perduram os

sentimentos interiorizados de inferioridade e superioridade. Nesse tipo de dominação a força pode eventualmente até tornar-se prescindível. E a forma amistosa das relações raciais dá a impressão de intimidade e brandura.

Já ao tempo da escravidão a sociedade brasileira cultivava a idéia de que as relações raciais no país eram brandas e suaves. Por isso o sentimento generalizado de que nossas relações raciais são amistosas não garante que não haja preconceito, pois mesmo no tempo em que os negros eram coisas havia o sentimento generalizado que nossas relações raciais eram amistosas. Muito da idéia de que não há preconceito racial no país deriva da generalizada impressão de suavidade e brandura nas relações raciais desde o tempo da escravidão, que entre nós teria sido benevolente e menos cruel que em outras partes do mundo.

Mesmo muito antes da Abolição a sociedade brasileira via a escravidão que praticava como uma escravidão suave. Joaquim Nabuco foi um dos poucos contemporâneos da escravidão que combateu essa idéia tentando demonstrar que os negros estavam submetidos a uma forma de violência institucional e inerente à sua condição de bem semovente.<sup>21</sup> Nabuco chamou a atenção para o fato de que a violência contra o escravo não era um abuso, mas um aspecto inerente à escravidão. Ainda que certo senhor de escravos pudesse ser socialmente exemplo de caridade cristã e cordura para com seus escravos, a violência permanecia como uma possibilidade implícita e latente. Não se tratava de uma questão de piedade, misericórdia ou amor, mas de um problema institucional.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo* – Petrópolis: Vozes, 1988, p. 102.

<sup>22</sup> NABUCO, *idem*, p. 47.



Parece estranho pensar que era possível acreditar ser branda nossa escravidão, diante da presença inequívoca dos troncos nas fazendas e dos pelourinhos nas cidades. Mas é certo que a idéia de que vigorava entre nós uma escravidão branda e suave, e que mesmo ao tempo da escravidão não havia preconceito de cor, dominava a mentalidade dos brasileiros do século XIX e não é rara ainda nos dias de hoje.

É claro que a avaliação da maior ou menor brutalidade de um regime escravocrata é algo sujeito a valorações muito subjetivas, principalmente se cismarmos em comparar exemplos caso a caso. Porém, se fugirmos de uma discussão contrafactual e fizermos referência a problemas comuns, é possível garantir a comparabilidade da instituição (a escravidão) em lugares diferentes, isto é, verificando como cada nação respondeu a um determinado problema, como por exemplo a reprodução e manutenção da mão-de-obra ou o tipo de defesa usada para garantir a manutenção da propriedade escrava. O historiador Carl N. Degler adverte:

os próprios historiadores foram incapazes de chegar a um acordo apenas na tentativa de um julgamento sobre a rigidez da escravidão só nos Estados Unidos, onde a documentação é de fácil acesso. Para cada ato de crueldade citado nessas fontes, um outro ato de brandura ou bondade pode ser encontrado; é interminável e infrutífera qualquer previsão nesse nível. Uma abordagem semelhante, com relação à escravidão brasileira, também mostraria um equilíbrio interminável entre atrocidades e atos de paternalismo. (...) Citar simplesmente exemplos de crueldade ou bondade por parte das duas sociedades não nos levará muito longe com relação à natureza da escravidão nos dois lugares. Se, porém, podemos utilizar provas de ordem geral relativas ao tratamento físico para fazer tal comparação, supera-se, realmente, a dificuldade metodológica.

Adotando essa perspectiva, Degler conclui que “diversos motivos de ordem geral sugerem que a escravidão brasileira foi fisicamente mais dura que a norte-americana”.<sup>23</sup>

O primeiro motivo de ordem geral é que a expectativa de vida do escravo no Brasil era inferior a outros lugares da América, o que tornou o tráfico indispensável para manutenção da mão-de-obra durante os mais de trezentos anos em que durou a escravidão entre nós.<sup>24</sup> Ao contrário se deu, por exemplo, nos Estados Unidos, que se tornaram auto-suficientes na produção de escravos. Algumas regiões chegaram mesmo a tornarem-se centros de exportação, sem prejuízo do mercado interno, vez que as *plantations* continuaram prósperas até o advento da Guerra Civil. Alguns estados começaram a estimular a atividade procriatória, tornando-se predominantemente estados vendedores de escravos, fato ímpar no continente americano.

No Brasil o máximo que ocorreu foi a migração interna devido a ciclos econômicos, como se deu com a transferência de escravos das plantações de algodão do Maranhão, que entraram em decadência depois do fim da Guerra de Secessão, para as emergentes plantações de café de São Paulo, ou do deslocamento de escravos da lavoura canavieira para Minas Gerais durante o ciclo do ouro e dos diamantes. Celso Furtado,

---

<sup>23</sup> DEGLER, Carl N. *Nem preto nem branco: escravidão e relações raciais no Brasil e nos Estados Unidos* – Rio de Janeiro: Editorial Labor do Brasil, 1976, p. 80.

<sup>24</sup> “Não possuímos ainda dados estatísticos seguros e de conjunto que nos forneçam conclusões definitivas e completas a respeito; e possivelmente nunca os teremos. Mas de uma forma geral, é exato afirmar-se que a população escrava, sem o reforço permanente do tráfico, vai sempre em declínio. Já era esta aliás a opinião corrente na época; e ela se verificará efetivamente depois de 1850, quanto é extinta a importação de africanos”. PRADO JUNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil* – 12 ed. – São Paulo: Brasiliense, 1970, p. 144.

comparando a evolução diversa do estoque de escravos em cada um desses países observa:

Ambos os países começaram o século XIX com um estoque de aproximadamente um milhão de escravos. As importações brasileiras, no correr do século, foram cerca de três vezes maiores do que as norte-americanas. Sem embargo, ao iniciar-se a Guerra de Secessão, os EUA tinham uma força de trabalho escrava de cerca de quatro milhões e o Brasil na mesma época algo como 1,5 milhão. A explicação desse fenômeno está na elevada taxa de crescimento vegetativo da população escrava norte-americana, grande parte da qual vivia em propriedades relativamente pequenas, nos Estados do chamado Old South. As condições de alimentação e de trabalho nesses Estados deveriam ser relativamente favoráveis, tanto mais que, *com a elevação permanente dos preços dos escravos, seus proprietários passaram a derivar uma renda do incremento natural dos mesmos. A oferta de escravos nos novos Estados do sul, em que tinha lugar a grande expansão algodoeira, passou a depender basicamente do crescimento da população escrava dos antigos Estados escravistas.*<sup>25</sup>

A existência de um excedente de escravos num sistema de produção escravocrata demonstra o crescimento de sua população, que é um dos critérios mais elementares para a avaliação das condições de vida. Já no Brasil, o crescimento da população escrava foi quase invariavelmente negativo, só tornando-se positivo depois da suspensão efetiva do tráfico em meados do século XIX, o que prova que as condições de vida não permitiam sequer a reprodução mínima necessária para a manutenção da

---

<sup>25</sup> FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil* – São Paulo: Cia Editora Nacional, 1980, p. 118 (itálicos nossos).

população.<sup>26</sup> Apesar disso, os brasileiros de então eram incapazes de enxergar a violência a que estavam sujeitos seus escravos. A mortandade da população negra era atribuída a características naturais inerentes à raça negra, que seria mais frágil que a raça dominante. O imenso número de suicídios decorreria do baixo desenvolvimento mental que tornaria os negros mais sujeitos aos vícios e a atitudes violentas. O baixo crescimento vegetativo decorreria da esterilidade típica das mulheres negras, a mortalidade infantil decorreria da fraqueza atávica da criança negra.<sup>27</sup> Nem mesmo o fato das mesmas negras não terem nenhum problema de fecundidade quando eram amantes de seus senhores era suficiente para afastar a idéia dominante.

O segundo motivo decorre da comparação relativa às punições praticadas aqui e em outros países escravocratas. Algumas formas de tortura e tratamento severo, como o

---

<sup>26</sup> “Mesmo após cessado o tráfico [o que melhorou as condições de vida dos escravos] os índices de mortalidade entre os filhos dos escravos eram tremendos; uma autoridade da região cafeeira fixa-a em torno de 88%. O recenseamento de 1870 revelou que na cidade do Rio de Janeiro a mortalidade infantil entre os escravos excedia os nascimentos em 1,8% e até mesmo essa cifra chocante deve ter sido mínima em relação ao país, pois a maioria dos escravos no Rio eram domésticos e melhor tratados, presumivelmente, que os escravos na agricultura” (DEGLER, Carl N. *Nem preto nem branco: escravidão e relações raciais no Brasil e nos Estados Unidos* – Rio de Janeiro: Editorial Labor do Brasil, 1976, p. 78).

<sup>27</sup> “Em meados do século XVIII, segundo Charles Boxer, os fazendeiros queixavam-se que as mulheres escravas não eram fecundas – uma queixa, aponta Boxer, que ainda era ouvida 130 anos mais tarde, depois que o tráfico escravo foi realmente encerrado. (...) Após cessar o tráfico, quando era de presumir que os brancos teriam mais interesse em criar escravos, Perdígão Malheiro ainda mencionava a alegada esterilidade das mulheres escravas como uma das razões por que no Brasil não se criavam tantos filhos de escravos como nos Estados Unidos. Alguns proprietários de escravos diziam até que era mais fácil criar três ou quatro filhos de brancos que uma criança preta, e atribuíam-se esse fato à “maior fragilidade da raça negra”. Em 1862 – mais de dez anos após o fechamento do tráfico escravo, como se observa – um visitante francês relatou que “os proprietários de escravos negligenciam as mais simples medidas de higiene e a mortalidade dos *negrillons* é muito considerável, especialmente nas fazendas do interior”. Resumindo, os brasileiros simplesmente não cuidavam bem dos seus escravos, a ponto de poderem reproduzir ou pelo menos para que as crianças pudessem sobreviver, mesmo após o incentivo que o fechamento do tráfico africano representaria”. (DEGLER, *op. cit.*, p. 81-81)

uso de máscaras, gargalheiras e calcetas, habituais dentre nós, eram raras ou mesmo desconhecidas em outras partes. Tanto a literatura quanto as artes plásticas descrevem o uso rotineiro de correntes, máscaras, calcetas e gargalheiras. As pinturas de Rugendas, por exemplo, invariavelmente retratam os escravos com calcetas nos tornozelos e gargalheiras ao pescoço. A lendária Escrava Anastácia, venerada por religiões afro-brasileiras e cultuada popularmente como santa por muitos católicos, é representada por uma estampa originária de litografia do século XIX em que aparece uma negra cingida por uma máscara de castigo. Nos registros históricos e nas artes americanas, coisas assim são virtualmente inexistentes. Na verdade, os relatos de viajantes americanos sempre demonstram a surpresa não só com o uso das máscaras, correntes e gargalheiras, mas até mesmo com o uso público dos chicotes em pelourinhos, o que indica que essa forma de tortura fosse ignorada na América do Norte.<sup>28</sup>

Outra coisa que espantava os viajantes americanos era o excessivo número de suicídios entre os escravos.<sup>29</sup> Carl N. Degler enumera uma série de fatores que tornavam a vida do escravo brasileiro mais difícil, como o esgotamento do trabalho forçado que levava à baixíssima expectativa de vida e a impossibilidade de formação de núcleos familiares. Nas importações, o número de homens era em média quatro vezes maior que o de mulheres, gerando desequilíbrio entre os sexos na população escrava. Isso era inclusive uma das principais razões de seu crescimento negativo.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> DEGLER, Carl N. *op. cit.*, p. 82.

<sup>29</sup> Sobre a rotineira notícia de suicídios de escravos nas cidades ver: SCHWARCZ, Lília Moritz. *Retrato em branco e negro: jornais, escravos e cidadãos em São Paulo no final do século XIX* – São Paulo: Cia das Letras, 1987, p. 129 *et seq.* Joaquim Nabuco, na sua lucidez peculiar, já sugeria que os anúncios de escravos nos jornais brasileiros, que tanto estranhamento causavam nos estrangeiros, eram “o melhor meio de ilustrar a escravidão no Brasil”. NABUCO, J., *op. cit.*, p. 96.

<sup>30</sup> DEGLER, Carl N., *op. cit.*, p. 79.

Transformado em insumo industrial feito para se esgotar e depois ser substituído por outro contingente humano, os escravos no Brasil estavam submetidos a condições mais incertas e transitórias. A própria vida em senzalas coletivas impedia a formação de laços familiares, diferente dos EUA, onde as moradias coletivas foram excepcionais, permitindo a formação de núcleos familiares que vinculavam o escravo a suas famílias, desestimulando-o a fugir ou a se suicidar. Independentemente das razões materiais ou psicológicas que se pudesse enumerar, o fato é que os suicídios eram rotineiros no Brasil e raros entre os americanos. De acordo com Degler, “em nenhum lugar da literatura primária ou secundária sobre a escravidão nos Estados Unidos, por exemplo, fala-se muito em suicídios de escravos, embora isso certamente ocorresse”.<sup>31</sup>

O livro *Casa-grande & Senzala*, de Gilberto Freyre, foi sem dúvida uma obra de decisiva importância para a afirmação daquela idéia de uma escravidão branda e de uma ligação próxima e afetiva entre senhor e escravo e, por herança cultural, a idéia de uma ligação próxima e afetiva entre brancos e negros. Embora esse livro mencione alguns exemplos de violência e discorra sobre a influência da escravidão na mentalidade senhorial do brasileiro, dá prioridade à descrição dos aspectos positivos surgidos com a miscigenação e o contato entre brancos e negros no Nordeste colonial. Ele determinou o horizonte da pesquisa sociológica por décadas. Sua publicação, em 1933, coincide com a implantação do Estado Social e com uma época de profissionalização das ciências sociais no Brasil.

Até o início do século XX, a ciência no Brasil era praticada de forma desorganizada e, não raro, diletante. Não havia até o início do século XX produção

---

<sup>31</sup> DEGLER, Carl N., *op. cit.*, p. 83.

científica realizada de forma coletiva e institucionalizada.<sup>32</sup> Trabalhos científicos de nível profissional eram mais fruto do esforço individual de alguns cientistas e intelectuais, visto que não havia corpos de pesquisa com objeto e linha de investigação precisas. A atividade científica permanece como saber produzido quase que solitariamente.

Essa situação começa a mudar muito lentamente com o sucesso do Instituto Soroterápico de Manguinhos, fundado por Osvaldo Cruz em 1900, e que viria a dar origem a uma linha de pesquisa na medicina brasileira. O surgimento das primeiras universidades na década de vinte dá indícios da mudança no ambiente acadêmico que vinha ocorrendo nos últimos anos. É nesse contexto de mudança, ávido por uma literatura científica mais técnica e profissional, que é recebida a publicação de Casa-grande & Senzala. Trazendo para o Brasil novos conceitos e novas interpretações na pesquisa histórica e sociológica, Casa-grande & Senzala como que colocou o Brasil a par do estado das ciências sociais no cenário internacional, principalmente da sociologia e antropologia cultural americana, coincidindo também portanto com a mudança do centro gravitacional da cultura brasileira, que passava da Europa para os Estados Unidos.

A influência da obra de Gilberto Freyre sedimentou nas ciências sociais aquela idéia de um caráter predominantemente igualitário nas relações raciais no Brasil. O sentimento comum de que uma escravidão branda teria dado lugar a uma sociedade na qual a cor da pele não teria relevância tem na obra de Gilberto Freyre um forte amparo. Não é um dado insignificante a experiência vivida por inúmeros brasileiros brancos que

---

<sup>32</sup> Ver: SCHWARCZ, Lília Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930* – São Paulo: Cia. das Letras, 1993, p. 23-42; SCHWARCZ, Lília Moritz. *Retrato em Branco e Negro: jornais, escravos e cidadãos em São Paulo no final do século XIX* – São Paulo: Cia das Letras, 1987, p. 100-109.

tiveram irmãos-de-leite negros. Uma partilha tão intensa certamente deixa marcas sociais bem profundas. Inevitável portanto que surgisse um generalizado sentimento de equiparação. Uma sensação de igualdade gerada pela proximidade física. Sente-se uma inevitável impressão de igualdade quando Gilberto Freyre descreve com ternura a influência negra “da escrava ou sinhama que nos embalou. Que nos deu de mamar. Que nos deu de comer, ela própria amolengando na mão o bolão de comida. Da negra velha que nos contou as primeiras histórias de bicho e de mal-assombrado. Da mulata que nos tirou o primeiro bicho-de-pé de uma coceira tão boa. Da que nos iniciou no amor físico e nos transmitiu, ao ranger da cama-de-vento, a primeira sensação completa de homem. Do muleque que foi nosso primeiro companheiro de brinquedo”.<sup>33</sup> Num trecho como esse salta aos olhos que se constrói um discurso pautado numa diferença nítida entre *nós* e *eles* e que o autor pressupõe que seus leitores, além de experiências comuns, têm também uma mesma cor. E deixa claro que a cor de com quem se fala é inegavelmente diferente da cor daqueles de quem se fala. Fica também patente que a relação, embora próxima, se dá de forma assimétrica. O que estabelece a proximidade é que uma das partes se apresenta como serviçal ou objeto sexual. Como aponta John M. Norvell:

o que me causa maior impacto é o fato de que, neste discurso – e claro que não apenas ali –, o lugar da produção de tudo isso é a cama do amor. Ao que parece, o encontro que ocorria nesse leito não era entre pessoas, mas entre raças, sangues, culturas em suas formas mais brutas, mediadas pelo ato sexual. O Brasil é, desta perspectiva, uma nação de raças, nação literalmente *feita na cama*.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala* – 46 ed. – Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 343.

<sup>34</sup> O comentário foi feito a respeito de um discurso de Jorge Amado, ao receber um prêmio da Câmara Municipal de Salvador, que afirmava que ser a mistura de raças a única solução para o problema racial, e que “tudo o mais, seja o que for, conduz irremediavelmente ao racismo”. Embora seja um discurso contra



A descrição da vida sexual da família patriarcal no Nordeste colonial feita em Casa Grande e Senzala foi imediatamente reconhecida nas experiências pessoais do público leitor em geral e dos intelectuais em especial. Seja na literatura científica, seja na literatura ficcional, a figura da mulher negra ou mulata como serviçal ou como aquela que inicia o jovem na vida sexual é recorrente.

A obra de Gilberto Freyre teve impacto tão profundo não apenas porque trouxe inovações na pesquisa social, mas principalmente porque suas conclusões eram compatíveis com o sentimento comum dos intelectuais da época. Antes do conceito de democracia racial se tornar recorrente, já era muito difundida a expressão “paraíso racial” para designar o Brasil. Freyre deu legitimidade científica a uma percepção generalizada de ausência do preconceito de cor que já existia mesmo ao tempo da escravidão e que, depois da Abolição, tornou-se ainda mais forte. Tanto intelectuais quanto leitores em geral, majoritariamente brancos, se reconheciam naquelas descrições de uma convivência harmoniosa com pessoas negras que se apresentam como subalternas. Toda a pesquisa de Gilberto Freyre ia ao encontro do que muitos intelectuais já pensavam. Ao contrário de outras nações onde existiam grandes populações de cores diferentes que viviam sob permanente tensão e constante violência motivada pelo ódio racial, o Brasil não convivia com conflitos raciais abertos. Mas ausência de ódio racial não significa ausência de racismo. O racismo não se apresenta

---

o racismo, ele deixa implícito que a única forma de combatê-lo é a eliminação das identidades individuais, dando por impossíveis a tolerância e, principalmente, o respeito à diferença. NORVELL, John M. *A Branca Desconfortável das Camadas Médias Brasileiras*. In: MAGGI, Yvonne; REZENDE, Cláudia Barcellos (orgs.). *Raça como Retórica: a construção da diferença* – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 247-248.

apenas sob a forma do ódio, podendo também se apresentar, por exemplo, como desprezo e exclusão.

Sem embargo, quando se está mergulhado numa certa ideologia, nosso olhar é dirigido por uma série de instituições e tradições que nos permitem ver com clareza determinadas coisas, mas nos cegam para outras. Principalmente nos cegam para essas instituições e tradições que filtram nosso olhar. Se essas barreiras impediam que os próprios contemporâneos da escravidão enxergassem a violência cotidiana, não se dando conta de que viviam cercados por pelourinhos, máscaras de castigo e gargalheiras feitas para manter um processo industrial de triturar homens, não podemos nos satisfazer com respostas simples, como aquela que defende que a inexistência do racismo no Brasil é auto-evidente. Se ao tempo da escravidão nos escapava algo de dimensões assustadoras, é admissível que hoje, num Estado de Direito, possamos eventualmente não perceber formas de discriminação racial que, não obstante sutis e subliminares, podem ter papel decisivo na vida dos grupos discriminados.

Não se pode falar que está errado quem interpreta a obra de Gilberto Freyre como indicadora de que as relações raciais no Brasil se deram de forma amistosa. A questão, todavia, é se por a claro que tipo de relação inter-racial é tratada prioritariamente em sua obra. *Casa-grande & Senzala* trata, sobretudo, do negro doméstico e domesticado. Não é uma descrição da senzala, mas uma descrição da casa-grande sob a sombra da senzala, isto é, da sociedade patriarcal colonial sob a influência de um sistema escravocrata que influenciava os hábitos da família senhorial. O livro de Gilberto Freyre pouco sai da família moldada por aquela sociedade que tinha no engenho seu centro econômico e cultural. Nem poderia ser diferente, pois, como indica o subtítulo das primeiras edições, trata-se de uma *introdução à história da família*

*patriarcal no Brasil*. É uma profunda análise dos hábitos sexuais, higiene, valores morais, religião, casamento, alimentação, paternidade, maternidade e educação da família senhorial. Portanto, é natural que, analisando a família patriarcal, a atenção do livro seja destinada prioritariamente àqueles negros que conviviam no interior dessa família, como o sodomizado moleque de brinquedo, a mucama, a ama-de-leite e, conseqüentemente, o irmão-de-leite.

Gilberto Freyre narra a situação dos negros que viviam fora do ambiente doméstico sem a mesma profundidade porque esse não é seu foco de estudo.<sup>35</sup> Contudo, seu olhar dirigido prioritariamente aos residentes da casa-grande, acaba por fazê-lo afirmar coisas como “não foi toda de alegria a vida dos negros”,<sup>36</sup> como se a regra geral fosse o escravo doméstico, e não o contrário. A atenção sobre a vida da velha mucama que depois de *aposentada*, permanecia num “lugar verdadeiramente de honra que ficavam ocupando no seio das famílias patriarcais” e que “em dia de festa, quem as visse anchas e enganjentas entre os brancos da casa, havia de supô-las senhoras bem-nascidas: nunca escravas vindas da senzala”,<sup>37</sup> nos faz esquecer que os escravos domésticos eram a minoria, isto é, nos faz esquecer do negro-massa que não tinha esses privilégios e quando tinha a sorte, ou azar, de chegar à velhice, era alforriado para viver

---

<sup>35</sup> Quando eventualmente Freyre cita a vida dos escravos fora da quintal da casa-grande, ele é forçado necessariamente a descrever seus aspectos brutais. Quase sempre, o que é muito significativo, a partir das impressões de estrangeiros, dado que os brasileiros não se escandalizavam com o cenário. “Muitos negros [das cidades] foram enterrados na beira da praia: mas em sepulturas rasas, onde os cachorros quase sem esforço achavam o que roer e os urubus o que pinicar. Maria Graham, na praia entre Olinda e Recife, viu horrorizada um cachorro desenterrar o braço de um negro. Segundo Mrs. Graham nem mesmo sepulturas rasas se davam aos ‘negros novos’: estes, atados a pedaços de pau, eram atirados à maré”. FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala* – 46 ed. – Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 491.

<sup>36</sup> FREYRE, Gilberto. *Op. cit.*, p. 514.

<sup>37</sup> FREYRE, Gilberto. *Op. cit.*, p. 41.

por sua própria sorte, desobrigando-se o senhor da sua manutenção. Degler afirma que era prática “largamente difundida entre os brasileiros e atestada por fontes oficiais e não-oficiais (...) libertar os escravos doentes, velhos ou aleijados, a fim de fugir à obrigação de cuidar deles”.<sup>38</sup> A mesma violência pode ser identificada no fato de que após 1871, ano da Lei do Ventre Livre, surgiram nas vilas e cidades de São Paulo dezenas de asilos para acolher as crianças que, por nascerem sem a condição de bem jurídico, eram retiradas das fazendas pelos proprietários.<sup>39</sup>

Darcy Ribeiro critica a presença dessa idealização da brandura da escravidão na principal obra de Gilberto Freyre, afirmando que “é justo dizer que a figura da mucama preside Casa Grande & Senzala”.<sup>40</sup> Para Darcy Ribeiro essa predileção talvez tivesse influência da experiência pessoal do autor, ele próprio neto de senhores de engenho e criado por mucamas e amas-de-leite.<sup>41</sup> Independentemente de se saber se é ou não

---

<sup>38</sup> “É muito comum no Brasil os senhores abandonarem os escravos velhos e enfermos porque já não podem trabalhar, escreveu F. A. Brandão, um comentarista brasileiro de meados do século XIX, sobre a escravidão em seu país. Maria Graham, no princípio do século XIX, também observou que na Bahia “é bastante comum dar liberdade a um escravo quando ele é muito velho ou muito doente para trabalhar; isto é, expulsá-lo porta à fora para mendigar ou morrer de fome”. Os esforços legais no sentido de impedir tal prática custaram a aparecer e as leis foram pouco efetivas. Na literatura da escravidão nos Estados Unidos, por sua vez, tais acusações raramente eram ouvidas de viajantes e os historiadores pouco mencionaram o assunto, a não ser para abandoná-lo como inverídico. “Apenas um caso foi citado de proprietários de escravos que negaram a responsabilidade (de cuidar dos velhos e incapacitados)”, escreve Charles Syndor em seu exaustivo estudo sobre a escravidão no Mississipi. O caso foi de uma mulher idiota, imediatamente recolhida por um vizinho e, posteriormente, pelo condado”. DEGLER, Carl N. *Op. cit.*, p. 82-83.

<sup>39</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil* – São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 233.

<sup>40</sup> RIBEIRO, Darcy. *Gilberto Freyre: uma introdução a Casa-Grande & Senzala*. In: FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala* – 46 ed. – Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 41.

<sup>41</sup> “É uma espécie de bloqueio sentimental, quiçá alguma fixação de quem terá metido tão dentro de si a imagem da ama-mucama, gorda, luzidia e boa, que não tem olhos para ver o negro do eito, queimado aos

adequada essa observação de cunho mais psicológico, Darcy Ribeiro aponta acertadamente que a obra de Gilberto Freyre dedica atenção quase exclusiva ao negro doméstico, praticamente não tratando do negro que trabalhava no eito e nas minas, que foi o principal contingente trabalhador do Brasil até o século XIX.

Essa imagem do negro inserido como agregado da família é reconhecível em praticamente todo o país e não apenas no Nordeste. Mesmo depois da Abolição, muitas daquelas mesmas imagens evocadas por Gilberto Freyre permaneceram presentes no imaginário das classes média e alta, que as preservaram sob a forma de empregadas domésticas que partilhavam da intimidade familiar e cujos filhos freqüentemente cresciam ao lado dos filhos de seus patrões. Impossível não se impressionar pela aparente igualdade de uma sociedade assim moldada, na qual os filhos da elite conviviam diariamente com os filhos das empregadas domésticas, sabidamente a classe mais subalterna de todas, pois, além de não estarem inseridas no mercado produtor, durante a maior parte da República não tiveram acesso aos mais elementares direitos trabalhistas nem previdenciários. É muito significativo que a palavra pela qual no Brasil se designe quem cuida dos filhos dos outros seja africana: babá. Criou-se uma forma de convivência amistosa e intimamente próxima.

De algum modo, os criados negros continuaram, e num grau bem menor ainda continuam, presentes na família de classe média brasileira mesmo em ambientes urbanos. Da mesma forma que os jovens casais urbanos da década de cinquenta e sessenta, período de acentuada urbanização da sociedade brasileira, como que herdaram

---

milhões como carvão humano, primeiro nas fornalhas do engenho e nas plantações de cana, depois nas minas e nos cafezais. Tanto era assim que a vida média de um negro de eito não passava de cinco a sete anos, conforme a região e a intensidade da produção em cada período”. RIBEIRO, D., *op. cit.*, 2002, p. 38.

os filhos dos criados de seus pais e avós, herdaram por conseguinte a experiência de convivência com o subalterno, em geral negro, num ambiente de intimidade familiar, criando-se uma áurea amistosa que impede ver os aspectos negativos dessa forma de dominação naturalizada no ambiente doméstico. A proximidade física entre pessoas de cores diferentes certamente prejudicou que se enxergasse a distância social e os elementos raciais freqüentemente presentes nessa relação.

As relações domésticas estão fora do sistema produtivo e por isso sujeitas a códigos de conduta determinados por vínculos de solidariedade, cumplicidade, fidelidade e afeto. O trabalhador doméstico, estando enredado nesse ambiente, participa dessas relações, pois como tem acesso às esferas de intimidade da família, seu trabalho ganha contornos de pessoalidade. Porém, evidentemente, participa como pólo frágil. Ao ser incorporado como membro provisório da família, o trabalhador doméstico perde seu *status* profissional, pois além de seu trabalho não ter fim produtivo, não se lhe exige só zelo nas tarefas, mas principalmente gratidão, ou como formula Calligaris, “o laço trabalhista não é vivido como laço de trabalho no sentido moderno, mas, no melhor dos casos, como laço clientelar”.<sup>42</sup>

Mas, é claro, esse trabalhador não perde sua condição de elemento exterior agregado. Pode até ser *como da família*, mas de fato não é da família. Fica assim num limbo um tanto incerto, onde não se pode valer completamente da proteção do direito como profissional, mas também não pode exigir a mesma solidariedade, afeto e lealdade dispensados aos outros membros da família. Porém, por parte da família que incorpora esse trabalhador em seu seio íntimo, isso é por si só prova de confiança e consideração

---

<sup>42</sup> CALLIGARIS, Contardo. *Notas sobre os desafios para o Brasil*. In: SOUZA, Jessé (org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos* – Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 244.

em razão das quais se pode exigir em contrapartida não apenas um bom trabalho, mas também a fidelidade típica das relações de confiança familiar.

Embora o trabalho doméstico não se dê necessariamente entre partes de cores distintas, esse tipo de vínculo social é muito relevante para se compreender a dificuldade em descortinar o véu de aparente equiparação que esconde a assimetria das relações raciais no Brasil. A sensação de convivência democrática entre grupos étnicos socialmente segregados se opera de modo muito semelhante à sensação, que existiu durante muito tempo, de convivência democrática entre patrões e empregados domésticos, apesar de, menos que democrática, ter sido uma relação nitidamente clientelista. É um sentimento tão arraigado que o civilista João Baptista Villela chegou mesmo a criticar a Constituição de 1988 por ter estendido uma série de direitos trabalhistas ao empregados domésticos, pois isso quebraria o caráter natural dessa relação social. Afirma ele:

Trata-se de um relacionamento [o trabalho doméstico] que vinha sendo regido por normas jurídicas equilibradas e sutis, reunidas em um todo articulado e *orgânico*, posto que não escrito. Se não integravam o corpo formal de leis impostas pelo Estado, nem por isso deixavam de ser observadas e produzir bons resultados. O fato de que, aqui e ali, houvesse abusos, não as fazia ineptas, pois não há sistema de regras que os evite em caráter permanente, definitivo e absoluto. Sobre as leis formais do País oferecia o estatuto informal do trabalhador doméstico a fundamental vantagem de que estava rigorosamente adaptado à matéria, da qual, de resto, *proveio em derivação espontânea e livre*. Esta matéria, sabem-no os que a consideram com isenção e cuidado, é absolutamente irreduzível à das relações de produção industrial e comercial. Mas foram estas que inspiraram as leis trabalhistas, cuja extensão quase ilimitada aos trabalhadores domésticos a Constituição determinou.

Não é só quanto à jornada de trabalho que a relação de emprego doméstico é diferente das demais. Nem é ênfase retórica ou mera aspiração de idealismo afirmar que o empregado doméstico é, a muitos respeito, um verdadeiro membro da família. A circunstância de que a família moderna, não sem razão designada de nuclear, exprime sensível redução de seus membros e fechamento em relação ao exterior, não afastou o doméstico da intimidade na casa. Antes, foi o contrário que se verificou: Tendo-se tornado um centro de companheirismo e de afetividade pela perda de funções econômicas, políticas, sociais e religiosas – no que a sociologia de espaço alemão chamou de *Funktionsverlust* ou *Funktionsentlastung* –, a família se fez não apenas mais sensível e mais frágil, como ainda mais exposta. As ações que se desenvolvem entre os seus membros, no recolhimento da casa, são hoje fortemente marcadas pela pessoalidade. O que se conversa à mesa, o tratamento que se dispensam uns aos outros, as visitas que se recebem, a literatura que se frequenta, os programas que se assistem à TV, os telefonemas que se dão e se aceitam, tudo isso são fatos que se desenvolvem perante o doméstico e que lhe revelam, sob inevitável transparência, o ser íntimo da família. *Aqui, o vínculo que une empregado e empregador tem, assim, uma dimensão eminentemente fiduciária.*<sup>43</sup>

A relação de intimidade presente em todos esses aspectos de proximidade dá a impressão que aquele que trabalha no ambiente doméstico está protegido por outros laços de segurança social. E de fato foi assim que se deu em boa parte de nossa história, mesmo em grandes centros urbanos. O trabalhador doméstico estava fora da abrangência da Seguridade Social porque era assistido por instituições domésticas. Tal como no passado imperial acontecia com a mucama, durante boa parte da República a

---

<sup>43</sup> VILELLA, João Baptista. *Aplicabilidade e eficácia da norma constitucional*. In: Revista Síntese Nova Fase, 51, 1990, pp. 65-77 (itálicos nossos).



trabalhadora doméstica idosa, depois de não ter mais força de trabalho, permanecia residindo com seus patrões até o fim da vida, e o mesmo aconteceria com sua filha, que em regra a substituíria no trabalho para a mesma família.

Todavia, a fluidez das relações urbanas destruiu esse universo. Trabalhando como pesquisador do Projeto Pólos de Cidadania, programa de extensão da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em meados dos anos noventa, tive oportunidade de presenciar o ocaso daquela forma *orgânica* de trabalho doméstico mencionada por João Baptista Villela.

Em entrevistas realizadas em um asilo de idosos localizado na Regional Nordeste de Belo Horizonte, registramos que de cerca de uma centena de idosos residentes, havia menos de uma dezena de homens. E a história de vida relatada pela maioria das mais de noventa mulheres era quase invariavelmente a mesma. Nascidas no interior de Minas Gerais, mudaram-se para Belo Horizonte ainda meninas acompanhando a família de seus patrões, ou, na maior parte, a família dos filhos dos patrões de suas mães. Na mudança para a cidade grande a família de classe média tentava preservar na intimidade do lar os mesmos padrões de organização doméstica anteriores. Como era mais difícil encontrar no novo ambiente alguém em que se pudesse depositar a mesma confiança, a solução natural era trazer pessoas que já servissem à família, pessoas de quem se soubesse a origem e em quem se pudesse depositar aquela confiança indispensável a quem convive no lar. De preferência meninas, porque se mais velhas poderiam ser mais rebeldes ou mais susceptíveis às *tentações* da cidade grande. Devido à inexperiência de vida e à quase nenhuma formação escolar, permaneceram adstritas ao ambiente doméstico, nunca tendo constituído família própria, permanecendo no trabalho até idade avançada.

Porém, o espaço urbano de apartamentos cada vez menores e as novas formas de organização familiar progressivamente passaram a não comportar mais a figura do agregado. Dessa sorte, praticamente todas as residentes haviam sido colocadas naquele asilo mantido pela Assistência Social depois de não conseguirem mais desempenhar os trabalhos domésticos, pois não tinham família própria para a qual retornar. Há muito haviam perdido qualquer vínculo com suas famílias biológicas e algumas nem mesmo sabiam o paradeiro de eventuais irmãos ou sobrinhos. Quando falavam em suas famílias referiam-se à família de seus ex-patrões. E de fato algumas delas, em fins de semana ou feriados, visitavam e recebiam visitas desses *familiares*.

Aquela fidúcia que caracterizava o trabalho doméstico se diluiu na provisoriedade da família contemporânea. A nova organização familiar não tinha condições de assisti-las da mesma forma que no passado. Porém, elas passaram a vida inteira fora das instituições previdenciárias e portanto não tinham como pleitear aposentadoria. Por isso passaram a depender da Assistência Social e da caridade de voluntários.

O trabalhador doméstico passou a necessitar da proteção da lei exatamente porque a família perdeu suas outras funções econômicas, políticas, sociais e religiosas e não tem mais a função de fazer as vezes da Assistência Social. Apesar do fato de que elas efetivamente se sentiam membros da família, não lhes era possível contar com os mesmos mecanismos de solidariedade e segurança social que poderiam exigir os membros da família de fato.

Ainda que uma mãe ou um pai, uma avó ou um avô, também possam ser forçados por suas famílias a residirem num asilo público, a esses familiares a lei reserva a possibilidade de reivindicar, no mínimo, seu direito à pensão alimentícia. Já àquelas

senhoras, mesmo *sendo como que da família*, o direito não pode reconhecer essa possibilidade. Por isso o acesso das empregadas domésticas a direitos tipicamente trabalhistas não se dá apesar da mudança funcional na organização familiar. Se dá em razão dela.

No entanto, para aquele que está inserido no contexto de uma prática social reiterada e tradicional, é difícil enxergar as mudanças, mesmo que tão radicais. Do mesmo modo que as senhoras residentes naquele asilo continuavam se achando membros da família embora lhes fosse dispensado tratamento essencialmente distinto dos demais, é provável que suas famílias, pelo menos os membros mais velhos ou que conviveram por mais tempo com aquelas antigas empregadas, também acreditassem nisso, vez que ainda lhes visitavam. Afinal, elas estiveram presentes na vida familiar durante décadas, acompanhando a família no lar e em viagens, participando da educação de cada um dos filhos do nascimento ao casamento. Assumiam não raro papéis com certo prestígio, como o de madrinhas dos filhos dos patrões, que passavam assim a lhes pedir a benção. Diante disso é esperável que essa proximidade e essa relação fiduciária tenha projetado nas relações sociais uma aparência de equiparação ou nivelamento. Embora de fato existisse um abismo social entre a trabalhadora doméstica e os demais membros da família, a proximidade física criava a impressão de camaradagem, de coleguismo, de equiparação, de igualdade.

Algo muito semelhante ocorre nas relações raciais. A proximidade física gera a mesma sensação de igualdade, mas nos cega para sutis problemas estruturais. E da mesma forma que apesar de parecerem membros da família os trabalhadores domésticos precisam que a lei reconheça sua vulnerabilidade, o direito deve estar atento para outras formas de discriminação invisíveis para parcela da sociedade – em geral a parcela

dominante – mas que são sentidas por outros grupos que não têm condições de colocar essa discriminação em pauta simplesmente porque estão excluídos dos espaços públicos de decisão e debate.

O direito nada tem a ver com amizade ou amor. O respeito que exigem os empregados domésticos não depende, ou pelo menos não pode depender, da afinidade, amizade ou estima que lhes reservam seus patrões. Da mesma forma, os direitos de minorias raciais, como de resto de qualquer grupo ou indivíduo, não podem ficar dependentes de relações de afeto. O direito existe para que nos respeitemos mesmo quando não nos gostamos.

Esse é o problema da idéia de uma igualdade *feita na cama*. A ideologia da mestiçagem como saída única ao racismo não elimina o preconceito. Elimina o respeito ao direito de ser diferente. Exige uma comunidade ideal na qual as pessoas sejam materialmente iguais, que todas as diferenças sejam diluídas e amalgamadas numa supra-identidade assimiladora. Mas na cegueira desse amálgama a cor não perde sua relevância, pois a única coisa que garante a coesão da comunidade é a adesão à cor *miscigenada* dominante. Numa comunidade ideal as diferenças não existem, logo, o direito não precisa tratar delas. Mas o direito não foi feito para comunidades ideais, pois elas prescindiriam do direito. O grande desafio do direito é fazer com que todos, mesmo sendo tão únicos e diferentes, possamos nos tratar reciprocamente com igual respeito e consideração. Acerca dessa concepção do direito como um sistema orgânico naturalizado que acredita que a única forma de lidar com o desrespeito às diferenças de cor é eliminando-as podemos concordar com Dworkin, quando este afirma:

Algumas teorias acerca da comunidade ideal defendem essa possibilidade até o fim: desejam ansiosamente que cada cidadão sinta pelos outros emoções tão profundas, e com uma fusão equivalente de personalidades, como as dos

amantes, dos amigos mais íntimos ou dos membros de uma família unida por laços afetivos extremamente fortes. É certo que não poderíamos interpretar a política de qualquer comunidade política como a expressão desse nível de interesse mútuo, e tampouco é atraente esse ideal. A rendição total da personalidade e da autonomia ali explícita deixaria às pessoas muito pouco espaço para levarem suas vidas em vez de serem levadas por elas; destruiria as próprias emoções que celebra. Nossas vidas são ricas porque são complexas conforme os níveis e a natureza das comunidades em que vivemos. Se sentíssemos por amantes, amigos ou colegas nada além do mais intenso interesse que pudéssemos sentir por todos os nossos concidadãos, isso significaria a extinção, e não a universalidade do amor.<sup>44</sup>

O problema jurídico não é produzir fraternidade através do afeto, mas garantir que, mesmo sendo completamente estranhos, nos tratemos com respeito e consideração às nossas diferenças.

## **1.2 A AUSÊNCIA DO OUTRO**

A classe média brasileira, em geral branca, sempre se achou tolerante e receptiva ao contato com pessoas de outras cores. Mas, em geral, a idéia de uma sociedade que não se importa com as cores é quase invariavelmente defendida por pessoas de pele mais clara. O olhar que vê a igualdade é quase sempre o olhar lançado da perspectiva do dominante, ainda que seja uma dominação complacente. Tal como ocorria na antiga relação amistosa entre patroas e empregadas domésticas, a convivência amistosa entre pessoas de cores diferentes pode fazer com que não sejam percebidas as assimetrias

---

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito* – São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 259.

dessa relação. A Frente Negra Brasileira, associação fundada em 1931, tinha um lema que resumia muito bem esse ponto: “o racismo no Brasil, só nós negros podemos senti-lo”. Isso quer dizer que o ponto de vista do discriminado é essencial para se determinar a extensão do problema e é indispensável no debate acerca das formas de superação do racismo.

Para se afirmar com maior segurança se realmente somos uma sociedade na qual o racismo não exige políticas para seu combate, é necessário que nos debates, jurídico e político, esteja presente o ponto de vista de intelectuais negros e índios. É necessário que, da mesma maneira que Gilberto Freyre nos fala com ternura do seu primeiro companheiro de brinquedo, intelectuais negros e índios nos falem dessa mesma relação sob seu ponto de vista, trazendo à esfera pública e ao debate acadêmico a perspectiva do outro. Só comparando as experiências é que poderemos falar com maior segurança que essa relação amistosa e familiar é realmente uma relação de igualdade.

Se por um lado os brancos que escreveram sobre a escravidão e as relações raciais têm em geral reproduzido o mesmo discurso de que a proximidade e miscigenação eliminam por si só o racismo, os negros que escreveram sobre as relações raciais costumam apresentar ponto de vista diametralmente oposto, o que compromete a idéia de igualdade predominantemente prolatada. Evidentemente há militantes do movimento negro que são contrários a políticas afirmativas. Porém, o simples fato de divulgarem que a causa de sua militância é a cor revela que percebem que sua cor tem relevância social suficiente para justificar uma militância específica.

Autores de pele escura como Edison Carneiro, Guerreiro Ramos e Abdias do Nascimento trazem interpretações bem diferentes da convivência entre as raças. E o fato de que as interpretações tendem a seguir um mesmo sentido conforme a cor do

intérprete é indício de que pessoas de cores diferentes tendem a sofrer o problema racial de forma diferente, o que põe em xeque nossa prolatada igualdade racial.

Mas o mais interessante é observar que diversos desses autores negros produziram sua obra fora das universidades, ficando portanto fora do discurso acadêmico institucional e tendo pouca repercussão institucional. Alguns dos principais intelectuais negros produziram importantes obras sobre a questão racial no Brasil a despeito de não terem sido aceitos nos principais departamentos de pesquisa social. Como lembra José Jorge Carvalho:

Guerreiro Ramos, um dos grandes sociólogos e pensadores da condição nacional brasileira, formou-se na primeira turma da Faculdade Nacional de Filosofia, porém não conseguiu ser professor da instituição. Vítima de várias perseguições (inclusive raciais), foi excluído do grupo seleta que formou a geração seguinte à sua na primeira universidade pública brasileira. Da mesma forma, Edison Carneiro, um dos maiores estudiosos da cultura do negro no Brasil, não conseguiu exercer a cátedra de Antropologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professores de trajetórias intelectuais apagadas se sucederam nos cargos que nenhum dos dois, brilhantes como foram, conseguiram ocupar. Podemos acrescentar ainda a esta lista de excluídos o nome de Clóvis Moura, intelectual que dedicou sua vida a escrever sobre a história do negro no Brasil e que, da mesma forma que os outros, não conseguiu lecionar em nenhuma das universidades de renome do país.<sup>45</sup>

Todos esses três autores constam de qualquer bibliografia de publicações sobre questões raciais no Brasil, sendo sistematicamente citados inclusive em inúmeras obras internacionais, o que demonstra que a comunidade científica acadêmica nacional e

---

<sup>45</sup> CARVALHO, José Jorge. *Op. cit.*, p. 15.

internacional reconhece a qualidade de seus trabalhos. Todavia, a universidade brasileira perdeu a oportunidade de contar com seu talento para implementar pesquisas que nos poderiam ser de muita valia. Seu mérito acadêmico não foi suficiente para participarem da academia.

A perspectiva do intelectual negro, e principalmente do índio, está quase que completamente ausente de nossa historiografia oficial. Embora seu número tenha crescido nos últimos anos, ainda são poucos os estudos acadêmicos produzidos por negros, sendo virtualmente inexistentes profissionais liberais ou acadêmicos que se identificam como índios. Nossa historiografia e sociologia têm estudos em profusão acerca das relações raciais, acerca do negro e acerca do índio. Mas suas conclusões e interpretações são em geral feitas olhando-se a partir do lugar social do branco. Exemplos de intelectuais mulatos ou negros, como o célebre geógrafo Milton Santos, são extremamente raros. Em nossas universidades a condição social de negros e índios tem sido predominantemente objeto de reflexão de brancos. Caso sintomático, também na produção científica o índio e o negro participam como objetos e não como agentes do estudo.

No século XIX, José Bonifácio de Andrada e Joaquim Nabuco defendiam que a extinção do trabalho escravo deveria estar necessariamente associada à reforma agrária e ao acesso à educação pública. A respeito da questão fundiária, Nabuco defendia a criação do imposto territorial para financiar a aquisição de terras pelos negros.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> “O que pode salvar a nossa pobreza (...) é o cultivo da terra, é a posse da terra que o Estado deve facilitar aos que quiserem adquiri-la, por meio de um imposto – o imposto territorial. É desse imposto que nós precisamos principalmente, e não de impostos de consumo que vos condenam à fome, que recaem sobre as necessidades da vida e sobre o lar doméstico da pobreza. (...) não separarei mais as duas questões, - a da emancipação dos escravos e a da democratização do solo. Uma é complemento da outra.



Diferente de outros abolicionistas, preocupados apenas com a extinção de um *status* que desprestigiava o trabalho e conseqüentemente as novas classes sociais que viviam do trabalho, Nabuco defendia a emancipação como um projeto de integração que não se esgotava com o fim da escravidão, pois exigia a criação de políticas que garantissem aos negros o exercício da cidadania.

Sua proposta nada mais era que uma forma de ação afirmativa, pois o que pretendia era uma política pública dirigida especificamente aos negros, para que pudessem se afirmar e se estabelecer como produtores, consumidores e conseqüentemente, acreditava ele, cidadãos. Por isso está enganado quem argumenta que a inclusão de grupos étnicos discriminados mediante políticas públicas seja uma idéia alienígena, pois ela já estava presente mesmo na campanha abolicionista, ainda que fosse um projeto de uma minoria de militantes que tratavam expressamente da questão da cidadania dos libertos. Embora a proposta de inclusão dos negros através de políticas públicas tenha sido uma exceção no movimento abolicionista, não se pode desprezar o fato de que mesmo naquela época já havia quem defendesse que não bastava a extinção pura e simples da escravidão. Passados mais de cem anos que Nabuco publicou suas propostas de integração social dos negros através de políticas públicas de distribuição de terra, o país se urbanizou e a agricultura se transformou numa atividade industrial de custos crescentes que é, em regra, lucrativa apenas em produções de larga escala. As políticas agrárias têm se revestido de um caráter muito específico, e em geral devem ser dirigidas para as populações que ainda estão no campo ou que de alguma forma mantêm contato direto com atividades rurais ou formas de produção agrícola, pois tem se mostrado inútil constituir assentamentos de pequenos

---

Acabar com a escravidão não basta; é preciso destruir a obra da escravidão”. NABUCO, Joaquim. *Joaquim Nabuco: política* / Paula Beiguelman (org. da coletânea) – São Paulo: Ática, 1982, p. 122.

proprietários que nunca tenham tido experiência no campo. Assim, a proposta de Nabuco fazia total sentido no século XIX, mas é duvidoso que políticas afirmativas agrárias de conteúdo racial sejam, hoje, uma boa estratégia para o movimento negro. No entanto, provavelmente ainda o são no caso dos índios, cuja maioria ainda está no interior do país e tem na posse da terra condição imprescindível para sua manutenção econômica e para afirmação de suas identidades culturais.

Lendo-se a obra de Joaquim Nabuco fica a forte impressão de que a Abolição foi um evento incompleto. Nabuco argumentava que “quando mesmo a emancipação total fosse decretada amanhã, a liquidação desse regime [a escravidão] daria lugar a uma série infinita de questões, que só poderiam ser resolvidas de acordo com os interesses vitais do país (...) mesmo quando não haja mais escravos”.<sup>47</sup> Ele era capaz de perceber que a inclusão dos negros na sociedade não se resolveria com uma lei que apenas abolisse a escravidão e tinha consciência que as questões sociais não se resolvem apenas com a lei e, por isso, as conquistas de direitos não se resumem a alterações legislativas. O fato de uma norma pública, lei, decreto ou ato administrativo, reconhecer publicamente o *status* de cidadão, não muda, por si só, a realidade social. Evidentemente sua perspectiva foi derrotada, e a Abolição fez-se mediante uma lacônica lei de dois artigos que se resumiam a declarar extinta a abolição no país.

---

<sup>47</sup> NABUCO, Joaquim, *O Abolicionismo* – 5 ed. – Petrópolis: Vozes, 1988, p. 27.

### **1.3 AÇÕES AFIRMATIVAS VERSUS POLÍTICAS SOCIAIS RACIALMENTE NEUTRAS: MEDIDAS DIFERENTES PARA PROBLEMAS DIFERENTES**

É certo que em se tratando da educação, o Brasil ainda nem sequer cumpriu agendas do século XIX como a universalização da alfabetização. Por isso é um argumento comum o de que não se deve garantir acesso de minorias raciais ao ensino universitário, mas sim implementar uma educação fundamental pública de qualidade que permita a qualquer pessoa, independentemente da cor, disputar uma vaga universitária com alguma chance. Mas a questão é que não estamos diante de uma alternativa. Não é uma questão de ou uma ou outra proposta. São políticas que não se excluem, mas sim se complementam.

Existem duas demandas diferentes que exigem políticas diferentes. Uma demanda é a questão da universalização de um ensino fundamental e médio de qualidade na rede pública. Essa questão sem dúvida interessa tanto ao movimento negro quanto ao movimento indígena, como interessa a todos setores da sociedade. Outra demanda é aquela específica dos movimentos de minorias que sofrem historicamente com a discriminação em razão da cor e que também têm o direito de reivindicar participação nos espaços públicos de formação da opinião pública e decisão, tais como a imprensa, cargos administrativos e a universidade. E essa demanda merece atenção agora, não podendo ser adiado para uma geração futura a solução a um problema presente.

Ao analisar estatísticas das Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNAD) do IBGE, Ricardo Henriques demonstra como no Brasil, ao longo da década de noventa, a cor dos indivíduos continua a ser “um fator de privilégio para brancos e de

exclusão e desvantagem para os não brancos”.<sup>48</sup> Ao analisar esses números Kabengele Munanga faz o seguinte prognóstico:

Deduz-se dessa pesquisa que, se, por passe do milagre, o ensino básico e fundamental melhorasse seus níveis, para que os alunos desse ensino pudessem competir em igualdade no vestibular com os alunos oriundos dos colégios particulares bem abastecidos, os alunos negros levariam cerca de 32 anos para atingir o atual nível dos alunos brancos.<sup>49</sup>

Nesse sentido, políticas afirmativas no ensino superior têm sido medidas que já vem sendo experimentada internacionalmente, e sobre a qual já se conhecem muitos defeitos e qualidades.

Políticas de melhoria da qualidade do ensino público são indispensáveis e certamente terão influência sob a escolarização da população negra e indígena a longo prazo. Não obstante, tais políticas não se prestam ao objetivo do combate ao racismo. Há quem defenda a aplicação de um sistema de cotas nas universidades públicas para alunos provenientes de escolas públicas, o que inclusive foi implementado pela Lei n.º 4.151/2003, do Estado do Rio de Janeiro, que estabelece reserva de vagas nas universidades públicas estaduais a alunos egressos de colégios públicos. Essa medida tem duas deficiências. A primeira é que desconsidera a grande heterogeneidade das escolas públicas brasileiras. A segunda é o fato de que enquanto a inclusão de negros e índios através de políticas racialmente orientadas tem a função de colocar membros

---

<sup>48</sup> HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90* – Rio de Janeiro: IPEA, jul. 2001 (Texto para Discussão n.º 807).

<sup>49</sup> MUNANGA, Kabengele. *Políticas de Ação Afirmativa em Benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa das cotas*. In: GOMES, Nilma Lino; MARTINS, Aracy Alves (orgs.) *Afirmando Direitos: acesso e permanência de jovens negros na universidade* – Belo Horizonte: Autêntica, 2004, p.49.

dessas minorias em espaços de prestígio social e de forçar que pessoas de cores diferentes sejam obrigadas ao convívio para enfrentar seus preconceitos mútuos, as cotas voltadas para escolas públicas não mudam em nada a situação das escolas públicas.

Embora o ensino público médio e fundamental seja reconhecido por suas deficiências, existem escolas públicas de alto padrão, como os Centros Federais de Ensino Técnico, CEFET's. Em Brasília, por exemplo, existe o Colégio Militar das Forças Armadas, cujos alunos têm bons níveis de aprovação no vestibular da Universidade de Brasília (UnB), uma das mais disputadas do país. Em sua maioria, os alunos do Colégio Militar são membros da classe média, em boa parte filhos de pais que já possuem curso superior e, majoritariamente, brancos. Apesar de sua estrutura especial, sob o aspecto jurídico o Colégio Militar é uma instituição de ensino tão pública quanto qualquer escola de qualquer cidade satélite do Distrito Federal. Dado o bom desempenho histórico dos alunos do Colégio Militar no vestibular da UnB, não é absurdo supor que a implantação de um programa de cotas para alunos de escolas públicas nessa universidade tenderia a beneficiar alunos como os do Colégio Militar. Em Brasília também se verifica um fenômeno que acontece em outras cidades: a diferença entre escolas públicas nas partes centrais da cidade e em vizinhanças de periferia. Ainda há no Plano Piloto de Brasília algumas escolas que oferecem ensino fundamental e médio de qualidade razoável, seja em função de ainda terem instalações feitas quando a elite da cidade freqüentava a escola pública, seja em função do fato de estarem fora de regiões violentas e sem infra-estrutura urbana, ou mesmo em razão de atenderem a famílias com maior grau de instrução e que tendem a ter possibilidades de pressão e organização ligeiramente maiores que as comunidades de periferia. Porém, em

função da localização dessas escolas, atendem a um público de classe média residente no Plano Piloto ou que, mesmo residindo em cidades satélites, têm condições de manter seus filhos estudando em Brasília. Esse público tende a ser de maioria branca. Estudantes vindos dessas escolas públicas localizadas nas quadras do Plano Piloto costumam ser aprovadas no vestibular da UnB. Embora esses estudantes se concentrem em cursos sem prestígio social e sejam exceção nos cursos mais concorridos ou que não permitem ao aluno trabalhar durante a faculdade, o fato desses estudantes, majoritariamente brancos, atingirem notas suficientes para os cursos menos concorridos e figurarem dentre aqueles que ficam mais próximos das notas de corte dos cursos mais prestigiados, leva a crer que um sistema de cotas sem orientação racial tenderia a beneficiar principalmente alunos de pele clara, não contribuindo muito para a diversidade cultural e étnica da universidade, pois acabaria incluindo uma maioria de alunos que residem no Plano Piloto, ou cujos pais possuem maior tempo de escolarização.

Na Universidade Federal de Minas Gerais acontece algo semelhante. Alunos que estudaram toda a vida em escolas públicas tendem a se concentrar em cursos menos concorridos. Mas mesmo esses alunos tendem a vir de colégios públicos localizados em regiões de classe média e predominantemente brancos. Escolas como o Colégio Estadual Central e o Colégio Municipal Marconi, que no passado abrigavam a elite de Belo Horizonte, hoje têm baixo desempenho no vestibular da UFMG e a maioria de seus alunos que entram nessa universidade são aprovados em cursos que exigem menor média de pontuação. Contudo, dos estudantes de Belo Horizonte que estudam na UFMG, um bom número ainda vem dessas escolas. São escolas que se localizam na região central da cidade, em vizinhanças de classe média branca. Por isso tendem a

atender um público prioritariamente branco. Apesar de diversos problemas que compartilha com todas as escolas públicas do estado, e do país, podemos constatar em visita realizada há três anos no Colégio Estadual Central, que a escola oferecia a seus alunos, como disciplina optativa em Educação Artística, aulas de violão clássico ministradas por professores com curso no Conservatório da UFMG, um dos mais importantes do país. Situação essa impensável em diversas outras escolas da periferia, onde a falta de aulas por falta de professores mesmo nas disciplinas obrigatórias é algo comum, e onde a população negra tende a se concentrar.

Pensar os colégios públicos como se fossem uma massa homogênea é algo enganoso. Mesmo em pequenas cidades a regra é que existam colégios públicos de níveis diferentes que atendem a públicos de cores diferentes, o que desaconselha um projeto de cotas que não leve em conta as distinções dentro do ensino público fundamental e médio.

A segunda crítica que pode ser feita a programas de cotas voltados para alunos oriundos de escolas públicas é que tal programa não compreende qualquer política de melhoria das escolas públicas. No caso das cotas raciais o que se tem por objetivo é o combate ao racismo, criando-se mecanismos que influenciam na composição étnica das salas de aula e, reflexamente, das classes sociais. A estratificação social no país tem um componente racial, isto é, faixas econômicas distintas tendem a ter cores distintas. Porém, apesar de serem problemas que se cruzam, não se identificam totalmente. Pelo contrário, indivíduos negros e indígenas costumam sofrer mais com o racismo quando ascendem socialmente, pois é nessa situação que o desprezo racial se revela inequívoco, vez que a questão econômica é afastada. No caso da educação, o negro e o indígena sofrem discriminação não apenas quando alunos, mas até mesmo quando são

professores.<sup>50</sup> Se a discriminação racial se resolvesse no problema social, era de se esperar que a comunidade e as instituições escolares fossem indiferentes à cor do professor. Entretanto, é quando o negro ou o índio se apresentam na condição igual, ou superior, que o racismo pode ser melhor identificado, pois não se encontra diluído pelo contexto econômico.

As ações afirmativas racialmente orientadas têm por objetivo atingir o componente racial das relações sociais e que não desaparece com a emancipação econômica. Objetiva desnaturalizar a condição do índio e do negro como inferior, ignorante ou atrasado. Já um programa de cotas voltadas para alunos de escolas públicas não representa qualquer retorno à própria escola pública. Uma ação afirmativa racial não é um fim em si mesma, pois o objetivo só é alcançado quando o aluno negro ou índio sai da universidade. Já uma cota para a escola pública se esgota na entrada do aluno. O fato de existir uma cota para alunos da rede pública não melhora em nada a rede pública de ensino, que pode continuar a ser tão ruim ou até pior. No caso de uma política destinada à rede de ensino pública, o que interessa é melhorar o desempenho da rede. Mas a existência de uma cota para alunos da rede pública deixa a rede pública tal e qual. Já as ações afirmativas racialmente orientadas têm outro fundamento. Não se está a discutir apenas desempenho, mas a inclusão de grupos cuja opinião e perspectiva vêm sendo historicamente desprezadas da cena pública e, especificamente, na produção do saber acadêmico.

As universidades não aplicam os critérios de admissão sensíveis à raça para compensar indivíduos nem grupos: a ação afirmativa é um empreendimento voltado para o futuro, e não retroativo, e os alunos minoritários a quem ela

---

<sup>50</sup> MÜLLER, Maria Lúcia. Professoras negras no Rio de Janeiro: história de um branqueamento. In: OLIVEIRA, Iolanda de (org.). *Relações Raciais e Educação* – Rio de Janeiro: DP & A, 2003, p. 73-106.



beneficia não foram, obrigatoriamente, vítimas, individuais, de nenhuma injustiça no passado. As grandes universidades esperam educar mais negros e outros alunos minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre todos nós.<sup>51</sup>

Apenas para esclarecimento dessa distinção é possível traçar um paralelo com a implantação de delegacias dirigidas por mulheres como uma estratégia no combate à violência contra a mulher. As especificidades da violência cometida contra a mulher levaram à conclusão de que é importante que existam delegacias especializadas onde as vítimas possam ser atendidas por policiais mulheres. O movimento feminista conseguiu convencer as autoridades que em diversos casos os crimes podiam ser melhor apurados quando a agente ou delegada encarregada de investigar o caso, por compartilhar da condição de mulher, é capaz de compreender a situação e relatos da vítima. Isto é, a própria denúncia e registro do crime, antes mesmo do momento de utilização da técnica investigatória, são influenciados pela sensibilidade de quem colhe o depoimento e registra a denúncia. Do ponto de vista da técnica policial, não há nada que impeça que um homem seja capaz de atender tais vítimas e investigar o caso. Contudo, a experiência tem demonstrado não apenas que as vítimas têm maior segurança em denunciar casos de violência doméstica ou violência sexual a outras mulheres, mas também que a atuação de homens na investigação, não raro, acabava por diminuir a importância de certas formas de violência, às vezes pondo em suspeita o próprio comportamento da vítima, sobretudo quando se trata de violência doméstica. Ao

---

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade* – São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 606.

contrário, policiais mulheres conseguiam compreender melhor a situação das vítimas nesses casos. Percebeu-se que além de políticas de segurança que educassem e formassem todos os policiais para perceberem as fragilidades específicas da mulher vítima de crime, a criação de delegacias especializadas, dirigidas por mulheres e nas quais as vítimas pudessem ser atendidas por policiais mulheres, também era uma política pública necessária e eficiente.

Num contexto absolutamente distinto, o objetivo das ações afirmativas tem algo semelhante. O movimento negro tem discutido e proposto estratégias para se combater o racismo no atendimento na rede pública de saúde em termos muito próximos.<sup>52</sup> É importante que os movimentos negros possam contar com advogados, assistentes sociais, psicólogos e outros profissionais que não só compreendam a causa desses movimentos como também tenham a sensibilidade específica que só quem sofre o problema do racismo é capaz de ter. O lema da Frente Negra Brasileira em 1931 era justamente afirmar que somente os negros são capazes de sentir o racismo. Por isso é importante que nos postos de saúde e hospitais existam dentistas, médicos e enfermeiros que tenham a mesma sensibilidade. E o mesmo pode se falar de diversos outros espaços sociais. Implantar cotas para alunos vindos de colégios públicos não combate o racismo. Primeiro porque não é uma medida pensada para tal. Segundo porque o racismo também existe dentro das escolas públicas de ensino fundamental e médio. O preconceito de cor está presente mesmo nas escolas de baixa renda. Em estudo desenvolvido numa escola

---

<sup>52</sup> SOUZA, Carmen. *Boas intenções, quase nenhuma consequência* In: JORNAL ÌROHÌN, Brasília, ano X, n.º 10, abr/mai., 2005, p. 10-11; *Estratégias de superação do racismo institucional*. In: JORNAL ÌROHÌN, Brasília, ano X, n.º 10, abr/mai., 2005, p. 11-12; SACRAMENTO, Amália do Nascimento. *Controvérsias e importância do quesito cor*. In: JORNAL ÌROHÌN, Brasília, ano X, n.º 10, abr/mai., 2005, p.15.

pública infantil no centro de São Paulo, que atende a uma população de baixa renda, Eliane Cavalleiro concluiu que a cor do aluno influencia em sua relação com os professores, que lhe reservam tratamento diferente.<sup>53</sup> Em todos os relatos e depoimentos, além da depreciação do aspecto estético, as próprias formas de contato com os professores são distintas. Desde manifestações de carinho até formas diferentes de cumprimento e despedida, havendo maior proximidade e contato físico com crianças brancas do que com as crianças negras. Relatos semelhantes são feitos sobre a rede de saúde, na qual ocorre o mesmo tipo de diferença, de acordo com a cor do paciente.<sup>54</sup> Mesmo em atendimentos ambulatoriais em hospitais da rede SUS, que atendem majoritariamente populações de baixa renda, registram-se diferenças objetivas de atendimento, como, por exemplo, pesquisa realizada no Rio de Janeiro que detectou que 30% das gestantes negras da amostra relataram a necessidade de recorrer a mais de um hospital para conseguir internação, sendo que dentre as gestantes brancas o mesmo problema foi relatado por 18,5% das entrevistadas.<sup>55</sup>

Por isso a presença negra em profissões de prestígio ou de ampla difusão na sociedade é algo que afeta não só a auto-estima de uma população que historicamente é obrigada a se identificar com características negativas (feio, pobre, sujo, ignorante,

---

<sup>53</sup> CAVALLEIRO, Eliane dos Santos. *Do silêncio do lar ao silêncio escolar: racismo, preconceito e discriminação na educação infantil* – São Paulo: Contexto, 2000. CAVALLEIRO, Eliane dos Santos. *Discursos e práticas racistas na educação infantil: a produção da submissão social e do fracasso escolar*. In: QUEIROZ, Delcele M (org.). *Educação, racismo e anti-racismo* – Salvador: Novos Toques, 2000.

<sup>54</sup> WERNECK, Jurema. *Iniquidades raciais em saúde e políticas públicas: as experiências do Canadá, Estados Unidos, África do Sul e Reino Unido*. In: BRASIL, FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. *Saúde da População Negra no Brasil: contribuições para a promoção da igualdade* – Brasília: FUNASA, 2005, p. 315-386. Ver também: MARIA, Dione. *Anemia falciforme: estigma de doença de negro, descaso, sofrimento e morte*. In: JORNAL ÌROHÌN, Brasília, ano X, n.º 10, abr/mai., 2005, p. 5-9.

<sup>55</sup> LEAL, Maria do Carmo; GAMA, Silvana G. N. da. *Desigualdades raciais na assistência pré-natal e ao parto no município do Rio de Janeiro, 1999-2001* – Rio de Janeiro, 2003, mimeografado, p. 9.

preguiçoso, etc.),<sup>56</sup> como também permite que pessoas que sofrem o preconceito racial passem a exercer funções nas quais esse preconceito se manifesta institucionalmente, abrindo pelo menos a possibilidade que o usuário do serviço público veja-se atendido por alguém que tem condições de ter sensibilidade para os dramas que a cor da pele pode impor e, talvez, despertar em seus colegas de trabalho a atenção para o problema.

A reserva de cotas na universidade para alunos da rede pública não se presta a nenhum objetivo semelhante. Ações afirmativas raciais se pretendem um meio de mudar uma atitude ou mentalidade difusa na sociedade. Já as cotas incolores para alunos de escolas públicas não se constituem como meio, mas como um fim em si mesmas. Como medida racialmente neutra, tais cotas deveriam pelo menos ter algum impacto direto para a melhoria no ensino fundamental e médio. Mas não podem fazê-lo, pois atingem um público que não mais é usuário dessa rede. Cotas são programas voltados para quem já saiu do ensino médio e portanto não trazem qualquer melhoria às escolas cujos alunos forem beneficiados. Elas não melhoram as instalações da escola, não capacitam os professores e nem melhoram o ensino dos alunos. Por isso não podem se prestar ao objetivo de melhoria da rede de ensino básico, embora possam ser pensadas como um meio de integração de grupos sociais discriminados, reservando espaços sociais estratégicos a grupos que em razão do racismo sempre estiveram ausentes.

É comum se fazer uma correlação imediata entre cor e classe social, como se houvesse uma identificação absoluta entre negritude e pobreza. Embora obviamente o componente racial das classes sociais seja provavelmente a principal expressão do

---

<sup>56</sup> FAZZI, Rita de Cássia. *O drama racial de crianças brasileiras: socialização entre pares e preconceito* – Belo Horizonte: Autêntica, 2004; SANTOS, Sales Augusto dos. *Ação afirmativa e mérito individual*. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos. *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais* – Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 83-125.

racismo, isso não significa que qualquer medida de promoção social voltada para as classes mais pobres necessariamente privilegiará pessoas negras. De acordo com Ronald Dworkin, tem se verificado nos EUA que políticas públicas de Assistência Social sem conteúdo racial têm sistematicamente beneficiado predominantemente pobres brancos.<sup>57</sup> Ronald Walters também cita estudos que apontam que políticas públicas orientadas por preferências classistas tendem a beneficiar desproporcionalmente os pobres brancos.<sup>58</sup>

Como advogado da Superintendência de Atendimento e Reeducação do Menor Infrator (SAREMI) da Secretaria de Justiça de Minas Gerais, em 2001, trabalhando no Centro de Reeducação São Jerônimo, em Belo Horizonte, instituição destinada ao cumprimento de medidas sócio-educativas de internação previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) aplicadas judicialmente a adolescentes do sexo feminino, constatei que as internas brancas tinham escolaridade média mais alta e vinham de famílias com melhor situação econômica se comparadas às adolescentes negras. Adolescentes pardas tendiam a ter uma situação intermediária. As adolescentes negras eram em geral aquelas que se encontravam em situação de maior risco social, com histórico de vida nas ruas e ausência de laços familiares definidos, sendo comuns os casos em que a adolescente mantinha vínculos apenas com as chamadas *famílias sociais*, isto é, pessoas, em geral senhoras, que em algum momento de sua infância assumiram com elas algum papel de cuidado por razões as mais diversas. Talvez em razão de maior escolaridade e do fato de terem convivido em ambientes sociais diferentes, as adolescentes brancas tendiam a ser mais articuladas e comunicativas, assumindo um papel de liderança dentre as demais. Mas nesse trabalho o mais

---

<sup>57</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. – São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 442.

<sup>58</sup> WALTERS, Ronald. *Racismo e Ação Afirmativa*. In: SOUZA, Jessé (org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos* – Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 117.

surpreendente foi constatar que os próprios funcionários mostravam-se surpresos quando a instituição recebia uma adolescente de pele clara e cabelos lisos, o que às vezes redundava num tratamento diferenciado, até pela maior capacidade de comunicação e argumentação por parte dessas adolescentes, o que chegou a ser objeto de reunião dentre nós funcionários a fim de chamar a atenção para a necessidade de um cuidado igualitário.

Numa determinada ocasião, recebemos uma adolescente de cabelos loiros e olhos azuis, para internação provisória.<sup>59</sup> Nessa época era comum recebermos visitas de juízes e promotores recém aprovados em concursos e que estavam cursando as escolas de formação da magistratura e do Ministério Público. Era patente a surpresa de todos quando viam aquela adolescente loira. Invariavelmente perguntavam sobre o ato infracional que cometera, há quanto tempo ali estava, demonstrando interesse por sua situação. Esse interesse jamais foi demonstrado no caso das outras adolescentes. Era como que natural que as outras estivessem ali. Mas uma menina de longos cabelos lisos e olhos claros causava surpresa. Era como se estivesse no lugar errado, sensação que não existia no caso das outras. Essa adolescente, por ser seu primeiro ato infracional e por ter situação familiar que não a incluía como uma menor em situação de risco social, acabou sendo liberada por decisão judicial para aguardar sua audiência em liberdade, fato único no período que ali trabalhei. Juridicamente não foi sua cor que lhe garantiu esse benefício. Ela obteve a liberdade por ser seu primeiro ato infracional, por não estar em situação de risco social, por ter família presente, enfim, por uma situação processual favorável. Porém, creio ser difícil negar que esse episódio pode revelar algo sobre o

---

<sup>59</sup> Internação provisória, prevista nos arts. 108 e 183 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), é aquela determinada antes da sentença, quando se verifica necessidade de restrição da liberdade do adolescente acusado de ato infracional. Pode durar no máximo 45 dias.

componente racial de nossa estrutura social. Sua família não tinha dinheiro para contratar um advogado e por isso ela obteve a liberdade utilizando o serviço da Defensoria Pública do Estado. O mesmo usado pelas demais adolescentes que ali estavam em internação provisória. Mas de algum modo, embora também viesse de uma família pobre, o aspecto estético, a cor da pele, contribuiu para que as pessoas e autoridades envolvidas se sensibilizassem para sua situação e a descobrissem no meio de tantas outras adolescentes.

Numa ocasião anterior, ainda como acadêmico, visitando penitenciárias da cidade de Ribeirão das Neves/MG, também tive oportunidade de constatar uma forma de segmentação racial dentro do sistema prisional. Em presídio classificado pelo Ministério da Justiça como de segurança mínima que abrigava criminosos considerados de menor periculosidade, e que possuía instalações surpreendentemente limpas, bem cuidadas e onde os presos ficavam em alojamentos abertos, sem celas, a maioria dos presidiários era branca, ao passo que a maior parte da população carcerária do estado era parda e negra e se concentrava naquela época em presídios sem a mesma infraestrutura. Portanto mesmo naqueles ambientes sociais onde os brancos são minoria, eles tendem a ocupar situação mais favorável, conseguindo alcançar certos benefícios e privilégios que, embora concedidos de forma aparentemente neutra, acabam por deixar excluídos os negros.

Esses exemplos a respeito de grupos com privação de liberdade talvez sejam um tanto radicais, mas foram escolhidos justamente porque dizem respeito a um dos ambientes sociais mais estigmatizados. Mesmo aí onde a população é majoritariamente negra ou mulata, os benefícios da lei costumam ser aproveitados por pessoas de pele

mais clara. De certo modo, uma expressão do mesmo fenômeno que faz com que as escolas públicas de melhor qualidade atendam predominantemente crianças brancas.

Políticas sociais racialmente neutras têm por finalidade objetivos racialmente neutros. Elas dificilmente podem contribuir para a tematização do racismo. A não ser que se entenda que o racismo é um problema de pouca relevância, ele exigirá políticas públicas específicas, isto é, políticas públicas racialmente orientadas.

Parece-nos que contrapor políticas de ações afirmativas a políticas de melhoria do ensino médio e fundamental é uma discussão totalmente fora de foco e sem propósito, pois são políticas voltadas para problemas distintos. Não é possível abrir mão de qualquer dessas políticas. Se abirmos mão agora de políticas afirmativas no ensino superior, corre-se o risco de acontecer o que aconteceu com as políticas afirmativas agrárias propostas por Nabuco. Da mesma forma que a posse da terra como política de afirmação da população negra se tornou obsoleta, nada garante que daqui a alguns anos políticas afirmativas no ensino superior tornem-se inúteis para os fins pretendidos, e as populações negra e indígena continuem com significativa defasagem nos espaços acadêmicos e demais esferas de formação de opinião e de decisão pública. Os problemas presentes exigem políticas presentes, sob pena de se condenar um segmento social ao definitivo atraso em relação a padrões educacionais que estarão sempre fora de seu alcance.

Na sociedade contemporânea a riqueza existe sob a forma de bens imateriais – como patentes, serviços e *softwares* – e flui sob a forma de crédito operado virtualmente. Mais que em qualquer época o conhecimento se tornou imprescindível. Pela primeira vez na história as maiores fortunas pessoais do globo não estão nas mãos de industriais, e o objeto da fortuna nos novos magnatas não é produzido em esteiras de



linhas de produção, mas sim através de patentes e autorizações de uso. Há pouquíssimo tempo isso era impensável, pois o conhecimento especializado não era algo decisivo na acumulação do capital. O primeiro curso de engenharia da Inglaterra só surgiu em 1898,<sup>60</sup> o que significa que as duas primeiras revoluções industriais, a da indústria têxtil e a da ferrovia e do telégrafo, ambas nascidas na Inglaterra, foram feitas por práticos treinados nas próprias fábricas. Isso hoje é quase inimaginável. O acesso ao conhecimento passa, pelo menos por enquanto, pelo ensino universitário. Sobretudo nas áreas hoje consideradas estratégicas para o desenvolvimento, como os estudos da biologia e da química voltados para o desenvolvimento da genética, que são hoje fundamentais tanto para a farmácia e a medicina, como para a produção de alimentos. Por isso o acesso ao ensino superior é também estratégico como forma de inclusão de grupos sociais que historicamente têm sido vítimas de discriminação e que estão fora dos espaços públicos de decisão, pois se no século XIX a questão central da inclusão social era o acesso aos meios de produção e à posse da terra, parece que hoje é o acesso ao conhecimento. E a universidade, embora não a única, é uma das vias para tal acesso.

O objetivo de ações afirmativas no ensino superior é o combate ao racismo nas instituições de ensino superior. É sem dúvida um objetivo muito pouco pretensioso. Sem embargo, é estratégico. De acordo com José Jorge de Carvalho, a composição étnica da universidade, tanto no corpo discente como no corpo docente, revela uma

---

<sup>60</sup> “Os americanos eram também superiores aos franceses, porque produziam [como práticos, assim como na Inglaterra] em massa engenheiros de nível adequado em vez de produzir uns poucos de nível superior e de grande cultura como na França. (...) Quando em 1867, os industriais notoriamente “instruídos” da região do Uhr receberam convite para contribuir para o quinquagésimo aniversário da Universidade de Bonn, todos eles, com uma única exceção, recusaram o convite, alegando que “os eminentes industriais locais não tiveram uma alta educação (*wissenschaftlich*) acadêmica e não iriam dar coisa semelhante a seus filhos””. (HOBSBAWN, Eric. *A era do capital: 1848-1875* – 9 ed. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 72)

homogeneidade de cor que permite a institucionalização de um racismo acadêmico.<sup>61</sup> Racismo institucional talvez não seja um termo adequado, pois pode passar a impressão de que se está defendendo que existam formas de discriminação praticadas intencionalmente pelas universidades. Empregamos o termo aqui apenas para expressar que o ambiente acadêmico e universitário revelam a cisão racial presente na sociedade brasileira.

A discussão sobre a igualdade racial na universidade tem sido um assunto de brancos. Toda nossa ciência tem sido uma ciência de brancos. Isso tem conseqüências em qualquer setor, como prova a luta do movimento negro por políticas de tratamento da anemia falciforme, uma doença que atinge afro-descendentes e tem tido pouca atenção da saúde pública. Somente com a pressão do movimento negro, a medicina e as ciências farmacêuticas despertaram para o problema. No caso das ciências sociais a ausência é ainda mais evidente. O fato de nossos sociólogos, antropólogos, historiadores e juristas serem quase todos brancos torna o discurso uniforme e aparentemente incolor. Mas quem está de fora, e não se identifica nem com o discurso uniforme nem com a cor homogênea, percebe que existe um ponto de vista que está ausente na historiografia dominante.

Dados de 2003, da Secretaria de Planejamento da UnB, informam que havia no Brasil 46.679 professores nas 53 universidades federais do país. Desses, estima-se que cerca de 500 seja negros, isto é, menos de 1%.<sup>62</sup> Em algumas universidades a exclusão é ainda mais radical. Na Universidade de São Paulo (USP), por exemplo, a maior e uma das mais antigas universidades do país, cujo número de vagas vem crescendo em cerca

---

<sup>61</sup> CARVALHO, José Jorge. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior* – São Paulo: Attar Editorial, 2005, p. 62-104.

<sup>62</sup> CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior* – São Paulo: Attar Editorial, 2005, p. 173.

de setenta anos de investimento de dinheiro público, o número de professores negros corresponde a 0,1% do corpo docente.<sup>63</sup> Já quanto aos índios, até oito anos atrás estavam completamente ausentes do ensino superior.<sup>64</sup>

O número pouco expressivo de estudos acadêmicos que tragam alguma visão negra ou indígena acerca das relações raciais no país se dá pelo simples fato de que negros e índios estão ausentes do ambiente científico e universitário. É impossível que nossa produção científica seja enriquecida com a experiência de negros e índios que falem de si como sujeitos se esses negros e índios continuarem fora da universidade. Por isso o ensino universitário tem um caráter estratégico não só para que negros e índios possam melhorar a imagem que fazem de si mesmos e adentrar a espaços que até então lhes têm sido restrito, mas principalmente para que toda a sociedade, independente da cor da pele, possa compreender melhor a si própria e assegurar-se de que a igualdade essencial entre todos os seres humanos, mais que uma promessa formal e altissonante, pode ser uma prática efetiva e presente em nossas vidas.

#### **1.4 O BRANQUEAMENTO COMO POLÍTICA PÚBLICA**

As ações afirmativas são criticadas alegando-se que seriam políticas racistas e que rompem com a tradição brasileira, cujo ordenamento jurídico jamais teria tido orientação racial. No entanto, olhando para traz de nós é difícil sustentar que a política brasileira foi neutra em relação às cores, a não ser que façamos como o editorial do

---

<sup>63</sup> CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior* – São Paulo: Attar Editorial, 2005, p. 91.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 9.

jornal citado no início deste capítulo, que afirmava em plena escravidão negra que a sociedade brasileira não distinguia entre raças. A generalizada idéia de que o Brasil nunca adotou políticas racialmente orientadas precisa ser desconstruída.

No início do século XIX, depois da extinção da escravidão em suas colônias, a Inglaterra se viu diante do problema da falta de mão-de-obra. Esse problema foi em parte resolvido pela importação de chineses e indianos, que foram deslocados para colônias na América e na África. Também nos EUA a mão-de-obra chinesa foi largamente utilizada, principalmente na construção das ferrovias que integraram a região oeste do país. Quando no Brasil se começou a discutir a abolição, a importação de trabalhadores estrangeiros surgiu como opção imediata. Também devido ao exemplo da experiência inglesa e americana, houve quem pensasse na introdução daqueles trabalhadores orientais, denominados *coolies*. Porém, essa proposta não chegou a ser implementada, pois se entendia que os chineses, tal como os negros, representavam uma raça menos desenvolvida e por isso sua introdução poderia agravar o atraso do país. A introdução de asiáticos só ocorreria no século XX e como último recurso, depois que os governos da Alemanha e da Itália chegaram a proibir a emigração para o Brasil. Mesmo assim, ao invés de chineses introduziram-se japoneses, entendidos então como racialmente superiores aos primeiros. A imprensa tratava os chineses como uma raça degenerada e lasciva, e que sua introdução resultaria no aumento da criminalidade e dos gastos públicos com segurança.<sup>65</sup> Paralelamente, havia a alternativa de introdução de europeus, que nessa época migravam às centenas de milhares para os Estados Unidos.

A libertação dos escravos era essencialmente um problema de falta de mão-de-obra e não de fim da discriminação. Era assim um problema de brancos. Posições como

---

<sup>65</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. *Retrato em branco e negro*, p. 112-113.

a de Joaquim Nabuco, que defendia a inclusão dos negros através de políticas de educação, estímulo ao casamento e distribuição de terras, não tinham a menor repercussão em órgãos oficiais e mesmo na imprensa. No fim do século XIX o darwinismo social tornou-se praticamente doutrina oficial, adotada, ainda que sob vertentes distintas, nas faculdades, museus e institutos de pesquisa brasileiros. Essas teorias, ao escalonar os diferentes grupos humanos, acabavam por prover a justificativa científica e racional para a dominação branca. Elas vinham ao encontro do senso comum das elites do país, que se diferenciavam dos escravos pela cor da pele e almejavam a depuração da raça.

No Brasil é possível ainda identificar que a ascensão social de negros é seguida da preocupação do branqueamento, de modo a distinguir sua linhagem. Desde a Colônia, viajantes estrangeiros registraram que a preocupação com o branqueamento levava proprietários a promover casamentos de suas filhas com estrangeiros, ainda que de condição social inferior. Tais casamentos revelavam preocupação eminentemente estética, sem relação econômica. O clareamento da pele conferia por si só prestígio e distinção, pois era possível traçar um paralelo entre as escalas cromáticas e as escalas sociais.<sup>66</sup>

A questão racial no Brasil foi durante as primeiras décadas do século XX o grande problema nacional. Ainda que com conclusões diferentes, inúmeros dos

---

<sup>66</sup> “Dirige assim a seleção sexual no sentido do branqueamento. Um fato bem sintomático de tal estado de coisas é a preocupação generalizada de “limpar o sangue”, como se chamava aquela acentuação do influxo branco. Martius refere que muitos aventureiros europeus passavam no Brasil uma vida descuidada de cidadãos abonados graças aos casamentos realizados em famílias que estavam procurando apurar o sangue. Até um empregado do naturalista recebeu propostas neste sentido no alto sertão do Piauí. Loster faz a mesma observação e refere fatos semelhantes. E mais tarde, Hércules Florence, o relator da expedição Langsdorff, notará a mesma coisa em Mato Grosso. (PRADO JR. Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*: colônia – 12 ed. – São Paulo: Brasiliense, 1972, p. 111)

principais intelectuais da época e todas as instituições de ensino e pesquisa se debruçaram sobre a questão de se saber como criar uma identidade nacional num país racialmente dividido. Antes da Abolição havia o medo de uma anarquia de raças e de conflitos com os futuros negros libertados. Tanto administradores públicos e funcionários, quanto intelectuais, eminentemente brancos, além de não se identificarem com a massa da população, viam nela o risco do retrocesso social e econômico. Acreditava-se que a desproporção entre brancos e não brancos comprometeria o futuro do país.<sup>67</sup> Alguns acreditavam na preponderância dos caracteres da raça superior, pelo que concluíam que o problema racial seria resolvido com o tempo, pois se casando com mulatos ou brancos, a raça negra desapareceria em poucas gerações. Já outros defendiam a necessidade do afluxo de sangue europeu em massa para reverter a degradação eugênica provocada pela mestiçagem.

O médico Nina Rodrigues, um dos mais importantes cientistas brasileiros do fim do século XIX e início do século XX, fundador da antropologia criminal no Brasil e, de acordo com Arthur Ramos, “o primeiro cientista americano a tratar do problema fundamental do negro no Novo Mundo”,<sup>68</sup> acreditava que as raças negra e indígena eram atavicamente incapazes e que qualquer tentativa de adaptá-los forçadamente à civilização geraria desequilíbrios mentais e doenças psíquicas. Com base na incapacidade biológica Nina Rodrigues propôs que o Direito Penal fosse aplicado de forma distinta em relação a cada grupo étnico e em cada região do país de acordo com as raças predominantes em cada uma delas: “pela acentuada diferença de sua

---

<sup>67</sup> Ver: AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites século XIX* – 2 ed. – São Paulo: Annablume, 2004.

<sup>68</sup> RAMOS, Arthur. *Os estudos negros e a escola de Nina Rodrigues*. In: CARNEIRO, Edison. *Antologia do negro brasileiro: de Joaquim Nabuco a Jorge Amado, os textos mais significativos sobre a presença do negro em nosso país* – Rio de Janeiro: Agir, 2005, p. 18.

climatização, pela conformação e aspecto físico do País, pela diversidade étnica da sua população, já tão pronunciada e que ameaça acentuar-se ainda, o Brasil deve ser dividido, para os efeitos da legislação penal, pelo menos nas suas quatro grandes divisões regionais que (...) são naturais e profundamente distintas”.<sup>69</sup> Não era um posicionamento isolado, pois se trata daquele que foi considerado no seu tempo, ao lado de Osvaldo Cruz, o maior cientista do Brasil, e cujas teorias foram quase unanimidade nos departamentos de medicina legal de todas as faculdades de medicina e direito do país.

Negros e indígenas eram tidos por muitos cientistas como avessos à civilização. Viveriam atavicamente no nível mais baixo da moralidade. Alguns índios seriam irredimíveis a qualquer esforço civilizatório, sendo portanto um obstáculo a ser afastado a bem da nacionalidade e do progresso. Em 1911, o diretor do Museu Paulista, hoje Museu do Ypiranga, Herman von Ihering, zoólogo e etnólogo renomado internacionalmente, propôs explicitamente através da imprensa o extermínio dos povos Kaingang para que uma estrada de ferro pudesse passar por seus territórios.<sup>70</sup> A causa da ausência de industrialização no Brasil, nosso atraso tecnológico e econômico, seria a cientificamente comprovada inferioridade de negros e índios e, conseqüentemente, a heterogeneidade da população, que impedia o surgimento de uma população organizada e de uma identidade nacional legítima. “A idéia da inferioridade dos africanos, vista até então em termos do seu “paganismo” e “barbarismo” cultural, começou a ser revestida por sofisticadas teorias raciais, impressas com o selo prestigioso das ciências”.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* – Salvador: Livraria Progresso Editora, 1957, p. 166-167.

<sup>70</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz, *O espetáculo das raças*, p. 83.

<sup>71</sup> AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites século XIX* – 2 ed. – São Paulo: Annablume, 2004, p. 52.

Embora nem o projeto de Nina Rodrigues para a legislação penal tenha se transformado em lei, nem o genocídio Kaingang proposto por Ihering tenha sido realizado como política oficial, opiniões de cientistas como eles legitimavam a discriminação racial como uma atitude racional, justificando a opinião comum sobre a inferioridade de pretos e índios e criando o ambiente cultural propício para a manutenção do racismo mesmo muitas décadas depois do fim da escravidão.

Houve é claro outros autores que discordavam do diagnóstico pessimista de Nina Rodrigues, para quem o clima tórrido do norte e ameno do sul estabeleceria uma nação geograficamente dividida entre raças. Contudo, a questão da nacionalidade, essencial para afirmação do Estado nacional, era considerada por quase todos intelectuais de então como um problema étnico-racial. De um modo ou de outro, a questão racial era um problema central para todos os cientistas sociais e homens públicos. Embora o diagnóstico pudesse variar, o tema racial era sempre presente, e a miscigenação um problema a exigir resposta e solução. Embora houvesse quem, como Euclides da Cunha, pudesse identificar a gênese de uma forma positiva de miscigenação, gerando um povo *forte* e adaptado ao seu meio, a questão da sociabilidade era colocada em termos predominantemente biológicos. Mesmo para Euclides da Cunha, a raça forte do sertanejo só teria evoluído porque o mestiço do semi-árido nordestino concorria com raças inferiores como o índio e o negro, ao passo que no litoral, onde rivalizava com os brancos, os mestiços eram pessoas socialmente desajustadas e psicologicamente neurastênicas.

Não é de admirar portanto que para resolver esse dilema que ameaçava o sucesso da nacionalidade a opção oficial tenha sido pela importação de europeus, afastando a hipótese da importação de chineses. Já em meados do século XIX havia praticamente



um consenso contra a importação de chineses. O médico e político Domingos José Nogueira Jaguaribe Filho, escreveu uma célebre tese, laureada pela Academia de Medicina da Corte, na qual defendia que com a imigração européia “não é só o progresso material que almejamos, é também o moral e intelectual”, e prossegue, “deveríamos logo excluir as raças africanas e asiáticas, que, decrépitas no espírito e disformes no corpo, estão condenadas a desaparecer da terra com a lia da humanidade”.<sup>72</sup> Essas mesmas idéias tornam-se difundidas entre os proprietários, sendo reproduzidas no Congresso Agrícola do Rio de Janeiro: “é preciso não iludir mais a lavoura. Ela quer idéias claras e positivas sobre tudo que possa servir, mas os chins não servem, porque são uma raça decrépita, assim como também não servem os africanos”.<sup>73</sup> A raça branca proporcionaria ao Brasil a elevação moral de que precisava, ao passo que os chineses só viriam acrescentar o fluxo de sangue de raças inferiores, dado o caráter “atrofiado, corrupto, bastardo, depravado e em uma palavra detestável da raça chinesa”.<sup>74</sup>

A partir de 1890, portanto logo após a Abolição, surgem uma série de leis e atos administrativos que proíbem a imigração de africanos e estimulam a entrada de povos europeus. Seguindo a mesma orientação, a Assembléia Provincial de São Paulo, em 1895, promulgou leis que proibiam a imigração de quaisquer asiáticos e de africanos, com exceção de imigrantes das Ilhas Canárias. Permitia-se apenas a entrada de pessoas de certas nacionalidades. “Da Europa seriam aceitos italianos, suecos, alemães, holandeses, noruegueses, dinamarqueses, ingleses, austríacos e espanhóis (vindos das ilhas Canárias, da província de Navarra ou Vascongadas). Da América, somente os

---

<sup>72</sup> JAGUARIBE FILHO, Domingos José Nogueira. *Reflexões sobre a colonização do Brasil* – São Paulo: A.L. Garraux e Cia, 1878, p. 278.

<sup>73</sup> Congresso Agrícola do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878, p. 155.

<sup>74</sup> In: SCHWARCZ, Lília M. *O espetáculo das raças*, p. 184.

canadenses da província de Quebec e os naturais da ilha de Porto Rico. Da África, por fim, os canarinos”.<sup>75</sup> Schwarcz ressalta a importância dos acadêmicos da Faculdade de Direito de São Paulo para legitimar a proibição da entrada de asiáticos e africanos. Surpreendentemente tais restrições à entrada de africanos só vão ser finalmente revogadas em 1945.<sup>76</sup>

Não obstante as populações que mais estivessem disponíveis para imigração fossem chineses e outros asiáticos, o Brasil fez um esforço deliberado para impedir essa que seria a tendência mais natural e para implementar a importação de alemães com objetivos claramente eugênicos.

Durante as primeiras cinco décadas da República, houve uma política oficial que estabelecia que pessoas de pele preta eram indesejadas no país. Não se trata apenas de uma herança psicológica que a escravidão impôs sobre o senso comum, mas de uma atitude oficial em desfavor das populações negras. Durante quase meio século o Brasil instituiu e praticou políticas públicas racialmente orientadas para privilegiar a preponderância de características estabelecidas como desejáveis pelo poder público.

Não se nega que a vinda de europeus para a América foi favorecida também pelo cenário internacional. As regiões de onde vieram os maiores contingentes de imigração em fins do século XIX estavam passando por radicais mudanças sociais provocadas pela unificação de territórios e o surgimento da Alemanha e Itália como Estados nacionais. Com relação aos EUA, esse fluxo foi, principalmente na segunda metade do século

---

<sup>75</sup> SCHWARCZ, *op. cit.*, p. 185.

<sup>76</sup> MARX, Anthony W. *A construção da raça no Brasil: comparação histórica e implicações políticas*. In: SOUZA, Jessé (org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos* – Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 162. NASCIMENTO, Abdias do. *Brazil: mixture or massacre?* – Dover: majority Press, 1979, p. 75. HILTON, Ronald. *Portugal and Brazil* – Oxford: H. V. Livermore ed., 1953.

XIX, praticamente espontâneo, devido às oportunidades que estavam sendo abertas pelo enorme crescimento e expansão vivenciados por aquele país.<sup>77</sup> A industrialização da Europa ocidental e a expulsão dos camponeses sobretudo na Irlanda e na Europa oriental liberaram um enorme contingente humano que via na América uma alternativa de sobrevivência. E emigraram às centenas de milhares de todas as partes da Europa. De acordo com Celso Furtado, esse fluxo espontâneo foi possível porque os preços das passagens de navio da Europa para a América do Norte eram acessíveis aos trabalhadores e aos camponeses expulsos para as cidades.<sup>78</sup> Outra circunstância favorável foi que a partir da década de 1870 os EUA começaram a restringir a entrada de imigrantes, permitindo que parte desses trabalhadores se interesse pelo Brasil.<sup>79</sup> E será a partir dessa época que a imigração brasileira mais se desenvolverá.

O sucesso e ascensão social dos emigrantes europeus nos EUA despertaram em seus compatriotas o interesse em vir para o continente americano. E quando os agentes do governo brasileiro divulgavam seus programas de emigração junto aos trabalhadores europeus, oferecendo-lhes a passagem gratuita para a América, muitos daqueles que já estavam receptivos à idéia de emigrar para esse continente, contaram com o estímulo que precisavam. No caso brasileiro a imigração foi financiada e dirigida pelo Estado, que contratou agenciadores na Europa para recrutarem trabalhadores, pagou as

---

<sup>77</sup> Hobsbawn transcreve um jocoso diálogo que explicita o apelo que justificou a onda migratória para os EUA: “Perguntamos onde estava seu marido. “Ele está na América”. - O que ele faz lá? “Ele conseguiu um emprego como czar?” - Mas como pode um judeu ser czar? “Tudo é possível na América”, ela respondeu”. HOBBSAWN, Eric J. *A Era do Capital* – 9 ed. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 271.

<sup>78</sup> “A circunstância de que o algodão era um produto volumoso, ocupando grande espaço nos navios, enquanto as manufaturas que importavam os norte-americanos apresentavam uma grande densidade econômica, favoreceu a baixa dos fretes de retorno da Europa para os EUA. E foi essa baixa dos preços das passagens – em navios cargueiros e semi-cargueiros – que permitiu se avolumasse de tal forma a emigração espontânea da Europa para os EUA”. FURTADO, Celso. *Op. cit.*, p. 124.

<sup>79</sup> PRADO JR, Caio. *Op. cit.*, p. 188.

passagens destes, concedeu terras, ferramentas, financiamentos e comprou a produção de diversas colônias aqui instaladas. Alguns estados, como São Paulo, chegaram a estabelecer doações em dinheiro para os imigrantes que aí se instalassem.

Se os imigrantes nos EUA se estabeleciam em regra por sua conta e risco, no Brasil foram instalados em regra em locais previamente determinados e preparados para tanto. Havia não só postos de trabalho definidos, mas, principalmente, uma Administração Pública que entendia que a imigração era uma política urgente e necessária para o desenvolvimento moral e racial do país. Celso Furtado aponta que “as colônias criadas em distintas partes do Brasil pelo governo imperial careciam totalmente de fundamento econômico; tinham como razão de ser a crença na superioridade inata do trabalhador europeu, particularmente daqueles cuja “raça” era distinta da dos europeus que haviam colonizado o país. Era uma colonização amplamente subsidiada. Pagavam-se transporte e gastos de instalação e promoviam-se obras públicas artificiais para dar trabalho aos colonos, obras essas que se prolongavam algumas vezes de forma absurda. E, quase sempre, quando, após vultosos gastos, se deixava a colônia entregue a suas próprias forças, ela tendia a definha, envolvendo em simples economia de subsistência”.<sup>80</sup>

Por volta de 1770, portanto ainda na colônia, houve a primeira tentativa de imigração subsidiada, trazendo suíços, tendo fracassado em pouco tempo.<sup>81</sup> Já antes da Independência, Frederico Leopoldo César Burlamaque, diretor do Museu Nacional, prescrevia cientificamente que mesmo os negros libertos deveriam ser substituídos por trabalhadores brancos e que a população negra, qualificada como “praga”, deveria ser

---

<sup>80</sup> FURTADO, Celso. *Op. cit.*, p. 124.

<sup>81</sup> PRADO JR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*, p. 90.

transportada para as colônias africanas.<sup>82</sup> E, de fato, o governo da Bahia empreendeu medidas de emigração de negros libertos, incentivando e patrocinando a ida de brasileiros para a África. Entre 1820 e 1868, portanto mesmo depois da alegada escassez de braços provocada pelo fim do tráfico negreiro, estima-se que foram concedidos 2.630 passaportes a negros libertos.<sup>83</sup> Comparando-se esses números com o famoso movimento migratório de negros americanos que fundaram a Libéria, percebe-se a proporção do episódio. A primeira expedição da *American Colonization Society* que partiu em 1820 dos EUA com destino à então Costa da Pimenta contava com apenas 88 emigrantes negros. O projeto de colonização recebeu somente mais um navio, em 1821, cujos passageiros se juntaram aos sobreviventes da viagem anterior para formar o que viria a ser a atual Libéria. Se a fundação da Libéria por pouco mais de uma centena de negros que emigraram dos EUA é tida como prova de intolerância racial, o fato de o Brasil ter promovido governamentalmente a emigração de 2.630 negros para a África é no mínimo um evento histórico que não pode ser desprezado.

Ao longo do século XIX e início do século XX o país experimentou sucessivas tentativas de imigração subsidiada, atravessando todo o Império e até o início da República. No século XIX, seguindo o projeto eugenista, os primeiros contingentes trazidos para substituir a mão-de-obra escrava vieram para trabalhar sobre o regime de parceria na fazenda do senador Nicolau Pereira Campos Vergueiro. São Paulo chegou a ter setenta dessas colônias. Mas mesmo as colônias que cediam terras aos colonos,

---

<sup>82</sup> DOMINGUES, Petrônio. *Op. cit.*, p. 39-40.

<sup>83</sup> CUNHA, Manuela Carneiro. *Negros, estrangeiros: os escravos libertos e sua volta à África* – São Paulo: Brasiliense, 1985.

transformando-os em pequenos proprietários entravam em decadência sem ajuda estatal.<sup>84</sup>

O que determinou a escolha pelos alemães foi a crença de que qualificação para o trabalho era algo atávico, ligado a características biológicas da raça. O projeto de desenvolvimento social e econômico do país era um projeto de arianização.<sup>85</sup> O caráter eugênico e *arianizante* da imigração foi algo explícito. João Cardoso de Meneses, o barão de Paranapiacaba, conselheiro do Império encarregado pelo ministro da agricultura de preparar o projeto de emigração, deixou inequívoco que a imigração era um projeto de desenvolvimento que deveria ser promovido a partir de raças superiores. Após discorrer detalhadamente sobre a inconveniência da importação de chineses, que além de trazerem seus vícios e imoralidades para o Brasil seriam obstáculo ao desenvolvimento econômico, o projeto do barão de Paranapiacaba conclui que o sucesso da imigração estaria indissociavelmente ligado à escolha da origem dos imigrantes. O que garantiria o desenvolvimento da nação seria a presença de indivíduos de raças desenvolvidas. De acordo com o Conselheiro Meneses, e os cientistas e especialistas em imigração citados em seu projeto, a raça alemã “tem o talento da emigração. (...) o alemão é o colono por excelência e que dos países habitados pela raça teutônica é que nos há de vir o êxodo fecundador. A Alemanha deve ser o viveiro da imigração para o Brasil”.<sup>86</sup> Os problemas sociais eram vistos antes de tudo como problemas raciais.

---

<sup>84</sup> Sobre algumas experiências de colonização alemã fracassadas ver MOOG, Vianna. *Bandeirantes e pioneiros: paralelo entre duas culturas* – e ed. – Porto Alegre: Globo, s/d, p.57-66.

<sup>85</sup> MOURA, Clóvis. *As injustiças de Clío: o negro na historiografia brasileira* – Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990.

<sup>86</sup> SOUSA, João Cardoso de Meneses. *Teses sobre a colonização do Brasil: projeto de solução às questões sociais que se prendem a este difícil problema* – Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1875, p. 422.

A idéia de que o atraso dos países ibéricos devia-se à natureza atrasada dos povos que os ocuparam não foi privilégio de brasileiros. Em outros pontos da América do Sul estimulou-se a imigração de povos nórdicos como estratégica para alavancar o desenvolvimento e a cultura. Euclides da Cunha narra, por exemplo, o destino miserável das colônias alemãs da Amazônia peruana. Em 1857 o governo peruano, sob o presidente Leguía, implantou uma colônia alemã às margens do rio Posuso, na região do Ucayali. Não obstante os ingentes esforços e despesas governamentais, em menos de duas décadas os colonos regrediram a um estágio primitivo e ao fanatismo religioso.<sup>87</sup> A decadência econômica associada ao abandono das colônias pelo governo também é freqüentemente apontada como um dos elementos que criou o contexto propício para o surgimento do movimento fanático-religioso dos Muckers no Rio Grande do Sul.

As colônias germânicas no Brasil, ainda que instaladas em locais estratégicos e subsidiadas por financiamentos generosos para aquisição de ferramentas, insumos e compra da produção por parte do governo, sobreviveram às custas do dinheiro público e de compras governamentais de sua produção. Em Bom Despacho, Minas Gerais, visitei as antigas colônias alemãs de Davi Campista e Álvares da Silveira. Embora instaladas em solos férteis das margens de afluentes do Rio Pará, na bacia do São Francisco, e cruzadas por uma ferrovia que lhes permitia o escoamento da produção, desorganizaram-se completamente quando minguraram os recursos governamentais. Praticamente toda a população de ambas emigrou para grandes centros urbanos, restando da primeira colônia apenas um velho cemitério rural e da outra as ruínas da estação ferroviária construída pelo governo especialmente dentro da colônia. E é muito significativo o fato de se terem instaladas duas colônias alemãs nesse município,

---

<sup>87</sup> CUNHA, Euclides. *À margem da História* – 6.<sup>a</sup> ed. – Porto: Livraria Lello e Irmão, 1946, p. 108-109.

embora aí estivesse localizada uma comunidade descendente de escravos e que, emblematicamente, era àquela época a comunidade mais pobre do município.<sup>88</sup> Assim, ao invés de se implementar alguma política voltada para aqueles habitantes do local que viviam discriminados e em situação econômica marginalizada e necessitavam de medidas oficiais para sua inclusão, optou-se por doar terras públicas a estrangeiros que em pouco tempo as venderam e abandonaram a região.

Embora a colonização alemã tenha começado em São Paulo, só as colônias do sul do Brasil, onde houve esforços públicos durante mais tempo, conseguiriam autonomia econômica. Não obstante a resistência da ideologia racial dominante, as primeiras experiências de importação de alemães, suíços e austríacos foram tão mal sucedidas que geraram um movimento de opinião na Europa contra a imigração para o império escravista da América. Esse movimento teve origem na publicação de um livro de um colono alemão, Thomaz Davatz, que viera na leva de imigrantes alemães importados pelo senador Vergueiro. O livro de Davatz narra as dificuldades enfrentadas pelos colonos ao se relacionarem com os fazendeiros brasileiros, acostumados a lidar apenas com mão-de-obra escrava. O perfil dos colonos era variado e freqüentemente incluía pessoas que seja pela idade ou pela formação simplesmente não tinham contato com trabalho agrícola.<sup>89</sup> O próprio Thomaz Davatz era um mestre-escola, um professor,

---

<sup>88</sup> QUEIROZ, Sônia. *Pé preto no barro branco: a língua dos negros da Tabatinga* – Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

<sup>89</sup> “Os proprietários, habituados a lidar exclusivamente com escravos, e que continuavam a conservar muitos deles trabalhando ao lado dos colonos, ao tinham para com estes a consideração devida à sua qualidade de trabalhadores livres; os contratos de trabalho que os emigrantes assinavam antes de embarcar na Europa e desconhecendo ainda completamente o meio e as condições do país onde se engajavam, eram geralmente redigidos em proveito exclusivo do empregador e não raro com acentuada má-fé. Além disto, a coexistência nas fazendas, lado a lado, de escravos que formavam a grande massa dos trabalhadores, e de europeus livres fazendo o mesmo serviço que eles, não podia ser muito atraente



e não um agricultor. E valendo-se de sua experiência intelectual escreveu suas *Memórias de um colono no Brasil*,<sup>90</sup> sobre a rebelião que ficou conhecida como Revolta dos Parceiros, quando um grupo de colonos se levantou contra a exploração dos fazendeiros, gerando um breve confronto com forças policiais. Esse livro foi publicado primeiro na Europa e causou comoção tão significativa que em 1859, pouco depois da publicação do livro, a Confederação Germânica determinou a proibição de emigração de cidadãos alemães para o Brasil.

A repercussão do livro se deu devido à possibilidade que os colonos tinham de pressionar as autoridades brasileiras. Ao contrário dos brasileiros negros, eles tinham condições de lutar pelo reconhecimento de seus direitos. Imediatamente após o conflito escreveram ao Consulado da Suíça no Rio de Janeiro e conseguiram se resguardar de certo apoio político para sua causa.<sup>91</sup> Sendo os colonos cidadãos estrangeiros, as autoridades públicas eram forçadas a manter certo cuidado na condução do problema, que, pela proibição da emigração alemã, gerou um constrangedor vexame internacional.

Portanto, ainda que se possa argumentar que os colonos estrangeiros tenham sido submetidos a situações de exploração, eles contavam com vários mecanismos dos quais os negros, embora cidadãos brasileiros, não dispunham. Em primeiro lugar sua presença era considerada desejável e estratégica para o país, sendo do interesse da

---

para estes últimos e representava uma fonte de constantes atritos e indisposições. Doutro lado, o recrutamento de colonos na Europa se fazia sem maior cuidado; os agentes dele incumbidos não tinham outra preocupação que o número, pois por ele se calculava sua remuneração. Aceitavam qualquer candidato, sem indagar da sua prestabilidade para o trabalho agrícola, e sobretudo o pesado esforço exigido por uma agricultura tropical de desbravamento. Chegavam a emigrar para o Brasil não raro até enfermos e velhos inválidos.” PRADO JUNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil*, p. 187.

<sup>90</sup> DAVATZ, Thomaz. *Memórias de um colono no Brasil* – São Paulo: Martins Editora/Ed. da USP, 1972, prefácio de Sérgio Buarque de Holanda.

<sup>91</sup> WILTER, José Sebastião. *A revolta dos parceiros* – São Paulo: Brasiliense, 1986.

Administração criar condições para sua manutenção e sucesso. Em segundo, tinham acesso a meios de pressão como o contato com os consulados e com a imprensa européia, que o governo brasileiro temia mais do que a imprensa brasileira. E, terceiro, muitos deles não eram camponeses e tinham experiência em trabalhos artesanais e manufaturas, o que lhes permitia, diante do abuso dos fazendeiros ou do fracasso como sítiantes, como se deu em Bom Despacho, fugir para as cidades e facilmente encontrar trabalho, tomando a única opção de inclusão econômica das massas negras urbanas, resultando que em 1901 cerca de 99% dos empregados na indústria de São Paulo eram estrangeiros.

As dificuldades com a imigração dos povos nórdicos, escolhidos preferencialmente por acreditar-se que contribuiriam mais com o projeto eugênico, fez com que a segunda campanha de importação de europeus se concentrasse nos italianos. Porém, da mesma forma que aconteceu com os alemães em 1859, a Itália também viria a proibir a emigração para o Brasil. Dentre as restrições impostas pelo governo italiano destaca-se um decreto de vinte de julho de 1895 que proibia especificamente a emigração de italianos para o Espírito Santo, devido a denúncias de maus tratos e baixa condição de vida dos italianos naquela região. Com a redução da vinda de italianos, o Brasil finalmente aceita a vinda de asiáticos. Contudo, os contingentes importados a partir de 1906 mantêm a orientação eugênica. Importam-se japoneses e não chineses, pois as teorias da época entendiam que os japoneses seriam um povo superior aos demais orientais.<sup>92</sup>

Em 1921 houve um constrangedor projeto de lei proposto pelos deputados Andrade Bezerra e Cincinato Braga, proibindo a entrada no país de pessoas negras. O

---

<sup>92</sup> Anos mais tarde, Paul Joseph Goebbels, ministro da informação e propaganda nazista, se valeria dessa tese para justificar a aliança alemã com o Império Japonês.

projeto teve origem na notícia que uma associação negra americana pretendia adquirir terras em Mato Grosso para um projeto de colonização. Como vimos anteriormente, a idéia de que o Brasil era um país sem preconceito racial existia desde antes da Abolição. E com o fim da escravidão tal idéia se tornou ainda mais difundida. Embora Gilberto Freyre seja apontado como o artífice do conceito de democracia racial, a idéia de um país onde a cor não tinha importância já era ostentada desde o século XIX, a ponto de já então ser internacionalmente conhecida a expressão de que o Brasil seria um *paraíso racial*.<sup>93</sup>

Em busca desse paraíso racial onde os negros seriam bem-vindos, um movimento negro americano criou uma associação chamada *Brazilian-American Colonization Syndicate* com o objetivo de implementar um programa de emigração de negros americanos para o Brasil. Essa associação reuniria fundos de seus associados para comprar terrenos no Brasil e promover o transporte e implantação dos colonos negros. Um dos pontos muito pouco conhecidos no Brasil é que “uma classe média negra sempre existiu nos Estados Unidos, com uma base econômica nas empresas e instituições negras criadas durante o período da segregação”.<sup>94</sup> Como em muitas regiões o comércio e outras empresas não aceitavam clientes negros, surgiu uma pequena classe de empresários negros para atender a esses consumidores. Evidentemente, devido ao fato de que em média o poder aquisitivo desses consumidores era baixo, essa classe média negra teve condições de expansão muito limitadas. Porém, foi suficiente para o

---

<sup>93</sup> Sobre a tradição do *paraíso racial brasileiro* ver: AZEVEDO, Célia M. M. *Abolicionismo transatlântico e a memória do paraíso racial brasileiro*. In Estudos Afro-Asiáticos, n.º 30, 1996, p. 151-162. HELLWING, David. *A new frontier in a racial paradise: Robert S. Abbot's brazilian dream*. In Luso-brazilian Review, vol. 25, n 1, 1988, p. 59-67. HELLWING, David (org). *African-American reflections on Brazil's racial paradise* – Philadelphia: Temple University Press, 1992.

<sup>94</sup> ANDREWS, George Reid. *Ação Afirmativa: um modelo para o Brasil?* In SOUZA, Jessé (org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos* – Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 138.

surgimento não apenas de um comércio dirigido por negros, mas também de associações de classe, clubes recreativos e organizações não governamentais que congregavam pessoas negras com fins econômicos, recreativos e também políticos.<sup>95</sup>

Os membros da *Brazilian-American Colonization Syndicate* sinceramente acreditavam que os negros seriam bem-vindos ao Brasil e poderiam fugir da segregação vigente nos EUA. Mas tão logo chegou ao Brasil notícia do projeto dessa associação, surgiu forte debate acerca da conveniência de se aceitar um empreendimento de colonização negra. As restrições imigratórias vigentes no país eram dirigidas aos países africanos. Assim, o indesejável *elemento negro* era barrado por sua origem nacional. Porém, no caso dos americanos negros, aquelas restrições eram ineficazes, pois não se tratavam de africanos, razão pela qual foi elaborado o projeto de lei que tentava vedar a entrada de pessoas utilizando expressamente o critério da cor. O projeto de lei acabou não sendo aprovado. Mas o governo brasileiro inviabilizou a implantação do projeto de colonização instituindo a política de negar vistos a negros americanos, o que chegou a provocar protestos públicos nos EUA.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Um dos primeiros casos citados na literatura jurídica sobre desconsideração de personalidade jurídica ocorreu nos EUA envolvendo uma dessas associações negras ao tempo da segregação legalizada. Como num determinado empreendimento imobiliário residencial houvesse uma cláusula que impedia a compra de imóveis por pessoas negras, um grupo de ativistas criou uma associação para através dela comprarem imóveis no condomínio. Como a compradora dos lotes era uma pessoa jurídica, argumentava-se que não se estava violando o estatuto do condomínio. A justiça americana entendeu que nesse caso o estatuto estava sendo violado, desconsiderando a personalidade da associação para considerar os associados como reais adquirentes e, assim, anular os contratos de compra e venda.

<sup>96</sup> Sobre esse acontecimento ver: LESSER, Jeffrey. *Legislação imigratória e dissimulação racista no Brasil (1920 – 1934)*. In: Arché, vol. 3, nº 8, 1994, p. 79-98. MEADE, Teresa; PIRIO, Gregory Alonso. *In search of the afro-american eldorado: attempts by north-american blacks to enter Brazil in the 1920's*. In: Luso-Brazilian Review, vol. 25, nº 1, 1988, p. 85-110.

No Brasil o projeto de lei para proibir a imigração de negros também teve muita repercussão na imprensa, com manifestações de apoio e rejeição. Tiago de Melo Gomes lembra que o projeto de lei foi um fato tão marcante na época que chegou a ser tema da peça *Duzentos e Cinquenta Contos*, de Carlos Bittencourt e Cardoso de Menezes, no teatro de revista carioca.<sup>97</sup> O fato desse gênero teatral ser muito popular, freqüentado por público variado e diferentes segmentos sociais demonstra a amplitude da repercussão do projeto de lei. Tiago Gomes de Melo transcreve inúmeros artigos recolhidos da imprensa da época acerca do projeto. Nos artigos o que chama a atenção é que mesmo quando são contrários à entrada de negros, negam que no Brasil existisse de preconceito de cor. Paradoxalmente, defendem a necessidade de impedir a entrada de uma massa negra no país como uma forma de proteger nossas boas relações raciais. Interessante também que mesmo artigos contrários à aprovação da lei, admitem que aceitar a entrada de negros em grande número seria inconveniente. Num claro exemplo do que Florestan Fernandes e Thales de Azevedo chamavam de preconceito de ter preconceito, havia a preocupação de não reconhecer oficialmente o racismo. A reprovação pública do racismo é algo positivo nas relações raciais no Brasil. Contudo, sob outros argumentos, se defendia a inconveniência da imigração negra.

Um dos principais argumentos era o de que os negros americanos vinham de um país racista, marcado por ódios contra os brancos e que poderiam influenciar negativamente as boas relações raciais no país, isto é, sua entrada era inconveniente porque eram negros racistas. Inusitadamente, defendia-se um argumento racista, a inconveniência de um projeto de colonização negra, como uma defesa contra o racismo. Num dos textos, de julho de 1921, o articulista argumenta que “uma das grandes

---

<sup>97</sup> GOMES, Tiago de Melo. *Problemas no paraíso: a democracia racial brasileira frente à imigração afro-americana* (1921). In: *Estudos Afro-Asiáticos*, vol. 25, nº 2, Rio de Janeiro, 2003.

felicidades do Brasil consiste justamente na nossa falta de preconceitos de raças humanas”, mas pondera, “mas porque não cultivamos preconceitos não se deve concluir que possamos aceitar uma imigração condenável do ponto de vista eugênico, e perigosa, pelo menos, do ponto de vista social e econômico”.<sup>98</sup> Já outro articulista, argumentava expressamente que o problema racial brasileiro foi solucionado pela mestiçagem não porque esta teria permitido o igual tratamento das pessoas independentemente da cor, mas porque a mestiçagem eliminou o “elemento negro”. Para o articulista:

O fato é que, do melhor modo, o Brasil resolveu o problema das competições raciais, não lhe sendo preciso, como outros povos, apontar o caminho da rua aos seus compatriotas negros. Não quer isto dizer, todavia, que a tolerância demonstrada com os nossos negros nos obrigue a receber os dos outros.<sup>99</sup>

Não consigo elaborar melhor síntese das relações raciais no Brasil.

O fato de o governo brasileiro ter impedido o projeto de colonização por negros americanos é algo que fica ainda mais contraditório quando se lembra que o país não só aceitou como estimulou a vinda de americanos brancos que migraram do sul dos EUA depois do fim da Guerra de Secessão. As primeiras levadas de imigrantes se instalaram em Santarém, no Pará. Outras no Espírito Santo. Mas o ponto de colonização que mais se destacou no movimento imigratório americano foi a fundação das cidades paulistas de Americana e Santa Bárbara, surgidas a partir de terrenos cedidos pelo Império a colonos vindos de diversos estados do sul dos EUA.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> GOMES, Tiago de Melo, *op. cit.*

<sup>99</sup> GOMES, Tiago de Melo, *op. cit.*

<sup>100</sup> “Foi tão intenso este movimento migratório que chegou a alarmar as autoridades americanas. Os jornais passaram a boicotar todo o noticiário relativo ao empreendimento. Mas, como os ultrajes e os

Com o fim da escravidão nos EUA, diversas famílias de proprietários de *plantations* migraram para o Brasil a fim de dar continuidade ao seu estilo de vida. O Brasil não apenas permitiu, como estimulou, com a doação de terras públicas, a imigração de proprietários escravistas, e racistas, vindos dos EUA.<sup>101</sup> Mas quando veio a oportunidade de um projeto de colonização de americanos negros, mais de trinta anos após o fim da escravidão, o país inviabilizou essa imigração, ainda que esta estivesse sendo feita sem a participação de dinheiro público e financiada inteiramente pelos próprios colonos associados.

Um dos principais argumentos contrários à entrada daqueles colonizadores negros foi que os negros americanos haviam sido educados numa sociedade de ódio racial e poderiam contaminar as pacíficas relações raciais brasileiras. Simplesmente se desconsiderou que já se haviam importado alguns milhares de americanos educados na mesma cultura. A importação dos ex-escravizadores foi estimulada e subsidiada. A dos ex-escravizados foi vetada. Embora se tenham dado em épocas diferentes, os dois acontecimentos estão de algum modo conectados ao projeto, promovido por decisões políticas, de construção de uma sociedade branca.

A proibição da imigração de negros americanos por meios indiretos revela o quão frágil era o caráter amistoso da convivência entre brancos e negros no Brasil. A boa convivência era garantida enquanto os lugares sociais de brancos e negros ficassem bem definidos. A entrada de negros foi tida como ameaça à boa convivência inter-racial brasileira. O paraíso racial tinha vagas pré-determinadas. Embora não subsidiado pelo

---

perigos e as incertezas persistiam no Sul [dos EUA], um número cada vez maior de famílias continuava a embarcar, em grupos, rumo ao Brasil". MOOG, Vianna. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>101</sup> Também há registro de doação de um terreno de 1.500.000 m a um certo Reverendo Smith Dunham, do Exército Confederado logo depois do fim da Guerra de Secessão (MOOG, Vianna. *Op. cit.*, p. 53).

Estado brasileiro como foi a imigração européia e americana, o projeto de colonização negra mexeu com as estruturas de uma relação de dominação que pressupunha a naturalização de papéis sociais. O negro não era um problema enquanto permanecesse nos espaços e funções que lhe eram reservados. Mas como agente colonizador, como protagonista e proprietário, não poderia ser aceito.

Mas o que mais chama a atenção no fato é perceber que o argumento utilizado é exatamente o mesmo que hoje é invocado contra as ações afirmativas. Naqueles artigos se argumenta que a imigração de negros como proprietários prejudicaria a paz social e a harmonia racial da mesma forma que se diz hoje que as políticas afirmativas *criam e institucionalizam* o racismo no Brasil. Interessante é que a paz só é garantida pela exclusão. E mais interessante ainda é perceber que se defende uma sociedade racialmente estratificada utilizando-se de argumentos anti-racistas. Racista não é a sociedade que teme uma inclusão “condenável do ponto de vista eugênico”, mas sim a política de promoção social. Exatamente nos mesmos termos, hoje se afirma que as políticas afirmativas “criam” o racismo e jogam os indivíduos uns contra os outros. Num caso barrou-se a entrada de negros para preservar a boa convivência racial num país recém-saído da escravidão. No outro, exige-se que não se promova a integração racial nas universidades para preservar a boa convivência racial que nelas existiria. Embora no início do século a população indígena fosse perseguida e dizimada e a massa negra do país ainda sentisse de perto os efeitos de uma escravidão que findara há pouco tempo, o discurso dominante é que as relações raciais eram perfeitas. É preciso refletir sobre o significado dessa perfeição. Havia uma evidente segmentação racial na sociedade. Contudo ela não era tematizada pelo Estado nem pelos intelectuais e dada por inexistente. Da mesma forma, hoje se afirma que reina a paz e harmonia no



ambiente acadêmico e que a inclusão de minorias é que provocaria o racismo. É de se pensar: se não há racismo, por que então a maioria se incomoda com políticas de inclusão? De certo modo, a própria reação contrária ao enfrentamento do problema com políticas concretas é evidência do quão racialmente sensíveis nós somos.

Perceba-se a incoerência. Nos anos vinte o Brasil saíra a pouco da escravidão e sua sociedade mantinha uma divisão racial tão inequívoca a ponto de todos os intelectuais, de médicos e sociólogos a juristas e políticos, entenderem que o desenvolvimento econômico do país dependia da solução da questão racial. É uma falácia negar o racismo numa sociedade racialmente dividida. Todavia, o pensamento então dominante é que políticas de promoção da igualdade criavam o racismo. A sociedade não via racismo no fato do aspecto racial ser considerado a principal causa do atraso econômico do país, mas via racismo em se promover negros a proprietários. É como se o racismo não existisse.

Do mesmo modo, hoje se afirma que as ações afirmativas criam o racismo. Segundo esse raciocínio nós vivemos num paraíso racial. Mas é preciso lembrar que foi este mesmo paraíso racial que no passado fechava suas portas à entrada de negros. Isso não é um erro apenas por demonstrar desconhecimento da história, mas principalmente por revelar uma opção antidemocrática. Para sabermos se vivemos de fato nesse paraíso racial, é preciso perguntar àqueles que são vítimas de discriminação racial. É muito cômodo a alguém que nunca sofreu uma experiência de desprezo racial afirmar que não existe racismo no Brasil. Só quem foi vítima de desprezo racial pode nos dar um parecer razoável sobre o tema. As ações afirmativas têm sido há décadas, e já antes de existirem nos EUA, uma demanda do movimento negro. Os negros as têm exigido em nome

próprio. Seria um risco muito grande negar legitimidade a tal reivindicação autônoma baseando-se no ponto de vista de quem não sofre o problema.

O sentido de toda essa narrativa histórica não é mais que apontar que o Estado brasileiro se esforçou na criação de um país branco. Estabeleceu políticas públicas, criou cargos e funções, fez propaganda no exterior, disponibilizou orçamento e gastou dinheiro no esforço de prestigiar e privilegiar pessoas de pele clara em detrimento de pessoas negras. A numerosa presença de negros no país foi encarada por dirigentes e intelectuais durante boa parte de nossa história como um problema para nosso desenvolvimento econômico e cultural. Num raro exemplo de continuidade de políticas públicas entre governos diferentes, investiu-se dinheiro na importação e manutenção de estrangeiros por diferentes governos ao longo de décadas. E mesmo diante de contínuos fracassos de colônias que definhavam ou se extinguíam, e diante de constrangimentos diplomáticos como as proibições de emigração para o Brasil feitas pelos governos alemão e italiano, nosso governo adotou medidas corretivas para garantir a retomada da entrada de europeus para ocuparem postos de trabalho que, não fosse a existência de tais políticas, poderiam ser ocupados por brasileiros. É risível qualquer argumento que tente justificar a importação de europeus como necessidade de trazer mão-de-obra qualificada, afinal a finalidade da imigração era ocupar postos de trabalho braçal na lavoura. Desnecessário demonstrar que não é preciso qualificação técnica nem experiência para derriçar café ou passar o rodo num terreiro de secagem de grãos.

A discriminação em razão da cor não foi algo que se deu apenas em restaurantes requintados e clubes sociais da alta sociedade. Ela foi uma prática administrativa adotada como política pública. Se o problema do racismo tivesse sido adstrito, por exemplo, aos clubes de futebol que só passaram a aceitar negros com a

profissionalização do esporte, ainda seria válido o corriqueiro argumento de que o ordenamento jurídico sempre foi indiferente à cor. Contudo, o branqueamento foi um esforço sistemático e politicamente orientado.

Um dos maiores exemplos dessa política de branqueamento foi a preocupação sistemática do Itamarati durante muitos anos em constituir um corpo diplomático branco, a fim de desfazer no exterior a imagem de um Brasil negro e mestiço. Gilberto Freyre, escrevendo sobre o Barão do Rio Branco, mesmo ao tempo da República, destaca sua preocupação de se cercar de “homens não só inteligentes, cultos, e polidos como altos, belos, eugênicos, (...), animais de bela estampa (...): homens que, completados por esposas formosas, elegantes e bem-vestidas, dessem ao estrangeiro a idéia de ser o Brasil – pelo menos sua elite – país de gente sã e bem conformada”.<sup>102</sup> A construção de uma elite eugênica não foi uma prática restrita ao senso comum, como naqueles casos citados por Caio Prado a respeito da preocupação em se *apurar o sangue* através do casamento com estrangeiros de pele clara. Foi um projeto político adotado pelo Estado. A preocupação que o Ministério das Relações Exteriores tinha com a cor dos diplomatas brasileiros é algo que se destaca e por isso foi mais visível. Porém, dado até mesmo a influência que o Itamarati sempre exerceu, sendo modelo para o serviço público brasileiro e também para as relações privadas, essa orientação pela cor da pele tornou-se implícita nas relações raciais, barrando o acesso de pessoas que não tinham a cor desejável em postos de trabalho de maior prestígio nos mais diferentes segmentos do serviço público e do mercado.

Embora tal projeto de branqueamento não constasse na letra de leis e decretos isso não o inviabilizava. Pelo contrário, era a inexistência de leis explicitamente racistas

---

<sup>102</sup> FREYRE, Gilberto. *Ordem e Progresso* – Rio de Janeiro: José Olympio, 1959, 1.º Tomo, CXLVI.

que garantia a continuidade de práticas subliminares que não poderiam ser reconhecidas pelo Estado de Direito.

Não é demais lembrar que nem a própria escravidão precisou de um aparato legislativo. Durante todo o Império não houve uma só lei que a mencionasse. O projeto de Constituição de 1823 chegou a mencionar que se reconhecia a validade dos *contratos* com o “elemento servil”. Porém, na Constituição outorgada em 1824 não constaram nem mesmo esses eufemismos. Uma Constituição de forte orientação liberal como a de 1824, sobretudo a partir do II Reinado, não podia admitir que o direito mencionasse a escravidão, pois seria uma contradição que romperia a lógica formal do sistema. Também na Consolidação das Leis Civis elaborada por Teixeira de Freitas não houve um só artigo para mencioná-la. Ao justificar essa omissão Teixeira de Freitas afirmou que a escravidão era “uma exceção que lamentamos, condenada a extinguir-se”,<sup>103</sup> embora, ao contrário, a escravidão não fosse uma exceção, mas a base de toda a economia.

Assistia razão a Joaquim Nabuco quando afirmava que “qualquer palavra que desmascarasse essa triste constituição social reduziria o foral das liberdades do Brasil, e o seu regime de completa igualdade na monarquia democratizada, a uma impostura transparente; por isso a Constituição não falou em escravos, nem regulou a condição desses. Isso mesmo era uma promessa, a esses infelizes, de que o seu estado era transitório, a atribuir-se lógica à vergonha mostrada pelos que nos constituíram por aquele decreto.”<sup>104</sup>

Se nossa principal prática social e econômica pôde atravessar todo o século XIX ausente da legislação nacional, é uma falácia negar o caráter racista das políticas

---

<sup>103</sup> NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo* – 5 ed. – Petrópolis: Vozes, 1988, p. 97.

<sup>104</sup> NABUCO, *O Abolicionismo*. 1988, p. 97.

públicas adotadas durante muito tempo na República apenas porque na maioria das vezes tal caráter não era explícito em lei. Se nem mesmo algo tão radical como a escravidão precisou constar em leis para que fosse amplamente praticada, inclusive pelo Estado, é um tanto inocente negar o conteúdo racial de políticas públicas claramente orientadas para fins eugênicos simplesmente porque tais razões não apareciam nas exposições de motivos.

Da mesma forma como o Brasil se envergonhava, ao tempo do Império, de reconhecer em documentos oficiais e em tratados internacionais, a existência da escravidão no país, durante muitas décadas depois da proclamação da República, nossas relações internacionais foram marcadas pelo esforço em passar a imagem de um país branco, negando oportunidades a pessoas negras.<sup>105</sup> Esse projeto público permitiu que trabalhadores estrangeiros ocupassem diversas profissões no país, no comércio e na indústria. E permitiu que um número significativo de seus descendentes ocupassem os bancos universitários a partir dos anos de 1920 e 1930, quando surgem as universidades

---

<sup>105</sup> Joaquim Nabuco menciona o caso do tratado de reciprocidade entre Brasil e França em casos de extradição de criminosos. Segundo o direito internacional, a extradição é um ato de soberania do Estado que a realiza. O Estado interessado na punição de um cidadão foragido por ter cometido algum crime pode no máximo requerer ao país onde o cidadão se encontra que lhe envie a pessoa para que a lei seja executada. Cabe ao outro país avaliar as condições em que se deu a condenação e a qualificação do ilícito, estando facultado a indeferir de plano a extradição caso o ato pelo qual o cidadão foi condenado não seja considerado crime por sua legislação ou mesmo quando haja dúvidas acerca do cumprimento do devido processo legal. Como a França tinha conhecimento da escravidão no Brasil, exigia que constasse explicitamente como exceção no tratado, pois, não havendo escravos na França, ela não poderia consentir na extradição de quem quer que fosse, para que voltasse a ser escravo. A representação brasileira, no entanto, não podia ir contra os interesses econômicos da elite escravista, mas também precisava falsificar a realidade nacional para o melhor trânsito de sua diplomacia. A razão levantada pelo representante brasileiro, o ministro Paranhos, para justificar sua renitência em admitir a exceção era, para usar uma expressão do professor Menelick de Carvalho Netto, a dissintonia entre a legislação e as práticas sociais no Brasil: “Demais, tenho grande repugnância em escrever essa palavra em documento internacional”. NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo* – 5 ed. – Petrópolis: Vozes, 1988, p. 98.

no Brasil. A respeito das classes dirigentes no Brasil, Eric Hobsbawn comenta que “os sobrenomes não ibéricos dos descendentes de europeus eram e ainda são desproporcionalmente freqüentes nos integrantes de suas elites políticas”,<sup>106</sup> chamando a atenção para o fato de que aquela política de branqueamento ainda surte efeitos e indica que o componente racial da estratificação social no Brasil ainda é presente.

Uma política pública orientada para beneficiar pessoas vítimas de racismo não pode, é claro, ser encarada como uma retaliação histórica para contrabalançar a existência de uma política racista no passado. O que torna exigível uma política pública é a sua necessidade presente. Estudar as políticas públicas racistas do passado se presta contudo a verificar se os efeitos gerados por tais políticas ainda podem ser sentidos de forma expressiva no presente. Segundo nos parece, o componente racial da estratificação social brasileira tem sua origem não apenas na escravidão, mas nesse conjunto de políticas e atos administrativos que por algumas décadas impuseram a manutenção de uma forma de segregação racial no país mesmo durante o período republicano e através das quais se negou deliberadamente a pessoas negras oportunidade de acesso ao mercado e a posições sociais de maior projeção. Embora formas de segregação explícita, como a que ocorria nos clubes sociais que vetavam a participação de negros ainda que como atletas, não fossem a maneira mais comum de segregação, havia formas subliminares de racismo, pelas quais se criaram durante as primeiras décadas da República as condições para que brancos e negros, ainda hoje, ocupem funções distintas na sociedade e se concentrem em classes sociais diferentes.

A própria forma como o racismo foi criminalizado, com a chamada lei Afonso Arinos, é ilustrativa da invisibilidade negra na sociedade brasileira. Em 1951 a

---

<sup>106</sup> HOBBSBAWN, Eric J. *A era dos impérios* – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 54.

dançarina negra americana Katherine Dunham veio apresentar-se no Brasil. Numa determinada ocasião, foi convidada a retirar-se do restaurante de um hotel de primeira classe em São Paulo. Como se tratava de uma celebridade internacional, ela teve oportunidade de ir a público através da imprensa relatar o ocorrido, o que causou inclusive protestos da comunidade negra americana. Como resposta imediata ao embarço, Gilberto Freyre, então deputado, e Afonso Arinos patrocinaram um projeto de lei que criminalizava condutas racistas como a sofrida por Dunham.

O caso é emblemático. A lei que criminalizou o racismo não foi resposta às demandas do movimento negro, que já àquela época se organizava em associações. Foi uma resposta a um embarço internacional promovido por uma estrangeira. Katherine Dunham estava acostumada à segregação imposta em ambientes públicos nos Estados Unidos e, ao ser vítima de racismo num restaurante sofisticado, não tinha dúvidas sobre o que lhe passava. Diferentemente do sul dos EUA, no sofisticado Hotel Esplanada, bem como em diversos hotéis, restaurantes e clubes sociais brasileiros que não aceitavam negros, ou mesmo nas praças e passeios públicos das grandes cidades onde ocorriam os *footings* da boa sociedade, não havia placas do tipo *white only* ou *black only*. Elas não eram necessárias, pois a segregação era tão intensa que os negros no país não se aproximavam daquelas portas.

A confusão entre a condição da pele e a situação econômica gera uma situação dúbia, na qual a vítima da discriminação não tem condições de saber nem mesmo a razão pela qual está sendo discriminada. Foi necessário que uma celebridade estrangeira viesse ao país para que o debate aparecesse na grande imprensa e no Congresso Nacional. Sem uma burguesia negra, pessoas de cores diferentes tendiam a se relacionar daquela forma assimétrica, como na íntima relação entre senhor e serviçal. Em relações

em que um aparece como superior, não há oportunidade para emergência do conflito racial, pois as partes não são concorrentes. O problema só vem à tona quando o negro ou o indígena se apresentam como competidores, como alguém que tem condições, ainda que potencialmente, de ocupar o lugar do branco. Conforme resume Carl Degler, “como a maioria dos negros pertence às classe mais baixas, eles não experimentam as barreiras racistas, pois sabem que falta-lhes o dinheiro e o traquejo social adequado para penetrar num restaurante ou hotel de primeira classe”.<sup>107</sup>

A tese da ausência de racismo no Brasil sempre foi tão universalmente conhecida que na década de 1950 a Organização das Nações Unidas decidiu financiar um projeto de pesquisas com o objetivo de estudar a solução brasileira da questão racial, para que pudesse ser conhecida e divulgada mundo a fora como exemplo a ser seguido em outras nações multirraciais ou que tivessem passado pela experiência da escravidão moderna. Conflitos raciais eram, como ainda são, causa de conflitos armados e genocídios. Porém, no Brasil não havia aqueles confrontos armados comuns em outras partes nem a presença de um marcado ódio racial. Logo, a comunidade internacional se voltou para o Brasil para estudar como nós havíamos resolvido a complexa questão da convivência de grupos étnicos distintos, sobretudo tendo passado por uma longa experiência de escravidão negra.

---

<sup>107</sup> “Cardoso descobriu que em Porto Alegre, por exemplo, os pretos de classe média não se misturam com os pretos pobres e, portanto, concentram-se nas suas famílias individuais, já que lhes falta o contingente de burguesia negra norte-americana que possibilita a criação de instituições negras próprias da classe média. Além disso, a própria correspondência entre classe e raça, que deixa a maioria dos pretos nas classes mais baixas, confunde o assunto. As pesquisas demonstram mais e mais que os pretos não sabem se estão sendo discriminados porque são pretos ou porque são pobres e analfabetos. E mesmo quando um negro ou um mulato suspeita de um preconceito racial em lugar de um preconceito de classe, sente-se inibido em apregoar sua suspeita face ao argumento de que levantar tal clamor é ‘uma ameaça à paz social’”. DEGLER, Carl N., *op. cit.* p. 287.



Com incentivos e financiamentos da UNESCO, diversos cientistas sociais da Universidade de São Paulo, liderados por Florestan Fernandes e Roger Bastide, realizaram um extenso projeto de pesquisas de campo para estudar as relações raciais no país.<sup>108</sup> Os resultados encontrados pelos diversos pesquisadores envolvidos foram num mesmo sentido. Ao invés de encontrar uma sociedade indiferente à cor, encontraram, sobretudo em entrevistas com a população negra, depoimentos que deixavam clara a vergonha pela cor e pela origem racial, bem como experiências de discriminação e desprezo em razão da cor. E o mais importante, o ideal de emancipação social através da miscigenação. Estudando esse aspecto da miscigenação como uma fuga da identidade negra, Carl Degler afirmou que o mulato seria uma espécie de *válvula de escape* das minorias não brancas, isto é, uma identidade intermediária através da qual muitas pessoas se diferenciavam dos negros como uma forma de serem aceitos no universo dos brancos. O mulato tenderia a negar sua identificação com o negro e fragilizar ainda mais a situação existencial deste último.<sup>109</sup> Se nos EUA uma gota de sangue negro torna a pessoa negra, no Brasil ocorre o contrário. Uma gota de sangue branco torna a pessoa um não-negro. Dada a intensidade da miscigenação, grande parte da população tem condições de rejeitar suas origens e valorizar sua herança européia.

---

<sup>108</sup> Dentre as principais obras publicadas resultantes desse projeto a respeito da questão racial no Brasil, destacamos: FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes* – São Paulo: Dominus e EDUSP, 1965, 2 volumes. FERNANDES, Florestan. *A integração do negro no Brasil* – São Paulo: Ática, 1978, 2 volumes. BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Relações Raciais entre negros e brancos em São Paulo* – São Paulo: UNESCO/ANHEMBI, 1955. BASTIDE, Roger. *Branços e negros em São Paulo* – São Paulo: Editora Nacional, 1959. BASTIDE, Roger. *O negro no mundo dos brancos* – São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972. IANNI, Octavio. *Raças e classes sociais no Brasil* – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.

<sup>109</sup> DEGLER, Carl N. *Nem preto nem branco: escravidão e relações raciais no Brasil e nos EUA* – Rio de Janeiro: Editorial Labor do Brasil, 1971.

Embora isso tenha criado condições de eliminar o ódio racial, não elimina o racismo, pois encurrala o cidadão na obrigação de se enquadrar num modelo racial tido como ideal. Todas aquelas pesquisas apontavam não para a inexistência do racismo, mas para formas mais sutis de racismo, que não se apresentavam sob a forma do ódio, mas principalmente do desprezo e negação. O próprio fato de que as palavras negro ou preto serem consideradas ofensas, devendo ser substituídas por eufemismos como moreno ou escurinho, é fato revelador do desprezo racial.<sup>110</sup>

O fato de o Brasil ter uma das maiores populações negras do mundo e conviver com o racismo significa que boa parte de sua população convive com esse racismo. Se não por outra razão, pelo menos em consideração a um contingente humano tão significativo, o problema do racismo deve ser pelo menos tematizado como possível objeto de políticas públicas.

---

<sup>110</sup> Fernando Henrique Cardoso e Octavio Ianni registraram depoimentos em que negras declaravam que preferiam ser chamadas de morenas e o depoimento de um mulato que, no curso de sua ascensão social disse preferir ser chamado de filho da puta que de negro. (CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octavio. *Cor e mobilidade social em Florianópolis* – São Paulo: Editora Nacional, 1960, p. 211). Tales de Azevedo menciona a estratégia de homens negros em Salvador buscarem ascensão social casando-se com mulheres de má reputação brancas, demonstrando que a cor podia ser mais relevante que o comportamento social (AZEVEDO, Tales. *As elites de cor: um estudo de ascensão social* – São Paulo: Editora Nacional, 1955).

## 1.5 UMA DEMOCRACIA RACIAL TAMBÉM POSSUI MINORIAS

A idéia central que sustenta a tese da democracia racial brasileira é a mestiçagem. Por termos um alto grau de miscigenação argumenta-se que o conceito de raça não teria relevância. Tentamos ao longo dos itens anteriores demonstrar que a miscigenação não garante que as pessoas se vejam como iguais, e que mesmo quando o contato íntimo entre pessoas de cores diferentes é intenso e habitual isso não elimina por si só os preconceitos, podendo, pelo contrário, reforçá-los se esse relacionamento ocorrer sob uma assimetria tão forte que tenda a ser naturalizada. Tentamos demonstrar também que o conceito de raça teve fundamental importância na sedimentação da República e que durante muito tempo o atraso econômico e social do país foi atribuído à forte presença de raças atrasadas, o que orientou a institucionalização de políticas públicas eugenistas na imigração e no serviço público.

Mas acreditamos que existe algo de mais relevante no conceito de democracia racial e que é pouco estudado. A democracia racial pressupõe um conceito de democracia que exige uniformidade e homogeneidade da população, ou melhor, requer a adesão a uma identidade nacional homogeneizada. Tal concepção acredita que o Estado nacional é, ou deve ser, a institucionalização de uma nacionalidade factual, de uma identidade *naturalmente* compartilhada por pessoas de uma mesma cultura. Conseqüentemente, essa concepção de nacionalidade pressupõe um grau acentuado de identidade étnica.

Mesmo onde o Estado nacional foi erigido sob um forte sentimento de unidade étnica, isso se deu freqüentemente às custas da eliminação de identidades regionais e através da supressão de culturas minoritárias. “O nacionalismo lingüístico foi criação de

peças que escreviam e liam, não de gente que falava”.<sup>111</sup> A formação dos Estados nacionais europeus, embora pautados sob o argumento da unidade cultural, lingüística, religiosa e étnica, exigiu a construção de uma macro-identidade forçada ideologicamente e a adesão de minorias que aspiravam aceitação e emergência econômica. Como pragmaticamente formulou Józef Klemens Pilsudski, líder da independência e primeiro presidente da Polônia, “o Estado é que faz a nação e não a nação, o Estado”.<sup>112</sup>

De um modo ou de outro, o conceito de povo, tão essencial para o constitucionalismo e para o Estado nacional, foi invariavelmente construído a partir de critérios selecionados por determinados grupos sociais. A idéia de um macro-sujeito coletivo, titular da soberania e suporte de legitimação sobre o qual se institucionalizam o direito e o Estado, não é um dado natural, mas um argumento elaborado a partir da necessidade de estabelecer os limites do poder político e justificar seu exercício.<sup>113</sup>

No Brasil o projeto de construção de uma identidade nacional que servisse como suporte a um Estado unitário se deu de outro modo. Dentre nós foi a miscigenação que ocupou a função de germen da identidade nacional. Assiste razão a Jessé Souza ao afirmar que “assim como o mito fundador americano consubstancia-se na reedição do

---

<sup>111</sup> HOBBSBAWN, Eric J. *A Era dos Impérios* – 7 ed. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 209. O conselho de uma mãe italiana a seu filho ao tempo da unificação: *scappa, che arriva la pátria!*, ou, *foge, que lá vem a Pátria!*, (*idem*, p. 202) expressa bem esse aspecto.

<sup>112</sup> In HOBBSBAWN, Eric J. *A Era dos Impérios* – 7 ed. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 211.

<sup>113</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo: a questão fundamental da democracia* – São Paulo: Max Limonad, 2003.

mito bíblico do povo escolhido, nosso mito fundador, cremos, assenta-se na democracia racial”.<sup>114</sup>

A democracia racial é um projeto fascinante, pois sem dúvida traz em si uma marcante concepção de igualdade. Porém, se colocada como uma consequência da mestiçagem, a concepção de igualdade aí implícita torna-se problemática.

Por democracia não se pode entender simplesmente o governo da maioria, sob pena de transformar-se em apenas mais uma forma de autoritarismo. A democracia significa não somente que as decisões devem ser tomadas pela maioria, mas também que a existência e dignidade das minorias devem ser garantidas. E devem ser garantidas não porque uma minoria pode vir a se tornar maioria, pois isso seria reduzir a democracia a seus aspectos eleitoral e parlamentar. Mesmo uma minoria que não pode, ou não pretende, se tornar maioria tem direito a existir e estar representada nos espaços públicos de formação de opinião e decisão política.

Qualquer democracia, seja racial ou de que natureza for, possui minorias, e tais minorias têm, inclusive, o direito de continuar a ser minorias. Assim, se entendermos por democracia racial o predomínio puro e simples daqueles que se identificam com determinada cor ou identidade étnica majoritária estaremos negando o direito daqueles que não se reconhecem naquela identidade, mesmo que tal identidade seja resultado da mistura. Se me reconheço, por exemplo, como branco, preto ou índio, tenho direito de me identificar como tal, ainda que exista eventualmente uma maioria que se identifique como morena, mulata ou mestiça.

---

<sup>114</sup> SOUZA, Jessé. *Multiculturalismo, racismo e democracia: por que comparar Brasil e Estados Unidos?* In: SOUZA, Jessé (org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos – Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 30.*

Se para ser considerado um igual na democracia for preciso aderir a uma macro-identidade, qualquer que seja ela, se está a negar o direito à individualidade e à diferença. O direito à igualdade só é exercido no direito à diferença. Só existe sentido em que a Constituição reconheça o direito à igualdade porque somos todos diferentes. Se todos fôssemos materialmente iguais, não seria preciso a construção de mecanismos jurídicos de equiparação pela mesma razão que não é preciso que a Constituição reconheça a lei da gravidade. Esta se dá a despeito do direito. Já a igualdade não é um dado natural, físico ou biológico. É um objetivo público, um ideal aspirado. E por isso precisa ser protegido pelo direito.

Ainda que a macro-identidade coletiva seja agregadora, isto é, ainda que ela admita a mistura e transforme nela própria tudo aquilo que toque, o problema permanece, pois continua a ser uma categoria dentre outras, ainda que mais ampla. É o que ocorre com a chamada teoria da superioridade do homem tropical.<sup>115</sup> Essa teoria foi elaborada numa época em que se entendia que evolução das espécies significava o mesmo que progresso e chegou a estar muito em voga no Brasil durante algum tempo. De acordo com essa teoria as dificuldades climáticas e geográficas dos trópicos teriam permitido, através da miscigenação, o surgimento de um grupo humano mais adaptável às mudanças no ambiente. Seria portanto mais evoluído, no sentido que então se entendia a evolução. Ora, embora tal teoria seja um elogio da mestiçagem e uma antítese das teorias que pregam a necessidade de pureza racial, ela é também inequivocamente racista, vez que prega a superioridade de um determinado tipo humano, estabelecendo uma hierarquia entre raças e que uma delas é preferível a outras, violando portanto a dignidade daqueles que estão fora do tipo eleito.

---

<sup>115</sup> MELLO, Antônio da Silva. *A superioridade do homem tropical* – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

Embora mantenha a aparência de discurso politicamente correto, o elogio da mestiçagem comete o mesmo equívoco que pretende denunciar. O elogio da *morenidade* como critério de identificação do brasileiro padece desse vício, pois exclui quem foge à regra. Se, como afirma Darcy Ribeiro, “mestiço é que é bom”,<sup>116</sup> isso significa que quem não é mestiço é ruim, ou, pelo menos, não é tão bom assim. Muitos índios e descendentes diretos de japoneses, que não têm qualquer identificação com a cultura majoritária no país, apenas para ficar nos exemplos mais óbvios, dificilmente poderiam ser considerados mestiços. A não ser que se amplie o conceito de mestiço a tal ponto dele se identificar com o conceito de humanidade. Mas aí ele nada significaria, pois se um conceito for de tal maneira amplo a ponto de açambarcar a tudo indefinidamente, ele se torna inútil e vazio. Argumentar que é possível afirmar cientificamente que todos pertencemos a uma mesma espécie não tem a menor relevância. Afinal, se todos os brasileiros forem considerados mestiços porque toda humanidade é mestiça, então o mesmo se pode dizer de todos os habitantes de qualquer país. Todavia, isso não nos ajuda a entender porque, apesar de sermos todos igualmente humanos, não somos todos tratados como iguais.

O elogio da mestiçagem tem embutido um caráter excludente. Acredita-se que a mestiçagem pode acabar com o racismo porque ela acaba com as raças. Sob tal perspectiva o racismo tenderia a ser eliminado porque a multiplicidade de cores tenderia a desaparecer. Não é que a sociedade, com a mestiçagem, torne-se indiferente à cor e reconheça o direito à diferença, mas sim que as cores indesejáveis são progressivamente eliminadas do espectro social. É um modelo de incorporação no qual as minorias devem abrir mão de suas identidades locais e aderir a uma identidade que as absorve. Nesse

---

<sup>116</sup> RIBEIRO, Darcy. *Mestiço é que é bom!* – Rio de Janeiro: Revan, 1996.

sentido o racismo não desaparece, pois a adesão se dá a partir de um critério hierárquico pelo qual existiriam identidades étnicas preferíveis.

Não é racismo reconhecer que as pessoas têm cores diferentes. Racismo é estabelecer que as pessoas de uma certa cor são superiores ou que pessoas de outra cor devem ter vergonha de suas origens. Esse é o drama vivido por negros que foi constatado nas pesquisas de campo realizadas por Florestan Fernandes e Roger Bastide. Pesquisas mais recentes têm encontrado os mesmos resultados, indicando que a cor da pele continua a ser um problema social, gerando rejeição e preconceito. Stefânie Loureiro, por exemplo, a partir de resultados colhidos em entrevistas e dinâmicas de grupo com estudantes concluiu que “quanto mais características afro-descendente a pessoa apresenta, mais ela é afastada das camadas centrais do sistema, pois, nas camadas centrais estão predominantemente os representantes do modelo dominante: o modelo branco”.<sup>117</sup>

Como define José Jorge de Carvalho o racismo torna-se dessa maneira um sistema de duplo vínculo:

Há, de saída, a injunção primária negativa, afirmada na posição do branco que recusa identificar-se com o negro porque ele é pré-definido como um ser inferior. Aqui as causas invocadas para a inferioridade do negro podem ser várias, e do ponto de vista sistêmico pouco importa se o branco inferioriza o negro lançando mão de teorias biologizantes da hierarquia racial ou de outros estereótipos de inferiorização, tais como ignorância, feiúra, pobreza, linguagem, etc. Frente a essa injunção primária ativada, somente resta ao negro contentar-se com permanecer nas posições mais inferiores da pirâmide

---

<sup>117</sup> LOUREIRO, Stefânie Arca Garrido. *Identidade étnica em re-construção: a ressignificação da identidade étnica de adolescentes negros em dinâmica de grupo na perspectiva existencial humanista* – Belo Horizonte: O Lutador/De Paulo Editora, 2004, p. 85.



social, pois são os lugares mais humildes que corroboram a desigualdade fundante do discurso branco que quer construir o negro de modo aberto segundo essa hierarquia.

Assim, porém, que o negro resolve afirmar-se em sua condição de negro (condição prescrita justamente pela injunção primária do discurso branco), o branco não aceita essa afirmação, lançando mão de uma injunção secundária em conflito com a primeira: não, não há diferença entre um negro e um branco, você é igual a mim, logo não tem o direito de marcar essa diferença irreduzível. Esse duplo vínculo específico aprisiona o negro brasileiro em uma relação que mina a sua auto-estima porque não lhe permite responder a uma mensagem que simultaneamente nega e afirma a sua condição de alteridade (ou de identidade) frente ao branco. Completa-se aqui o sentido do duplo vínculo tal como formulado por Bateson: se permanecer vinculado a essa estrutura desigual de comunicação, sairá perdendo sempre, independente da posição que escolha assumir.<sup>118</sup>

Dessa forma o negro perde inclusive a possibilidade de se identificar como tal e reivindicar direitos como tal. A pesquisadora americana Rebecca Reichmann narra uma interessante experiência pela qual passou em seus primeiros contatos com o Brasil, em 1988. Participando de um encontro numa entidade engajada no movimento pelos direitos da mulher, Reichmann perguntou se não havia nenhuma mulher negra envolvida no projeto. Para sua surpresa, uma mulher que, para Reichmann parecia-se com ela, respondeu: “Mas todas nós somos negras!”<sup>119</sup> Reichmann, que é uma senhora loira de olhos azuis descendente de irlandeses e alemães, julgou que sua interlocutora

---

<sup>118</sup> CARVALHO, José Jorge. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior* – São Paulo: Attar Editorial, 2005, p. 122.

<sup>119</sup> REICHMANN, Rebecca. *Race in contemporary Brazil: from indifference to inequality* – Pennsylvania State University Press, 1999, p. 5-6.

tinha a mesma cor que ela. Por isso dificilmente se pode acreditar que se tratasse de uma pessoa que realmente se identificasse socialmente como negra ou que fosse tratada como tal em suas relações sociais. A resposta sem dúvida é fruto da ideologia da miscigenação, que faz com que pareça racista qualquer pessoa que se identifique como branca ou negra.<sup>120</sup> Todavia, esse discurso desconsidera o fato de que nem todos são mestiços, pelo menos não no sentido de identidade multiétnica e multicultural, que é o sentido no qual o termo é usado. Conseqüentemente, acaba por negar ao indivíduo o direito de se identificar com o grupo, e a cor, à qual sente intimamente pertencer. Acredito que assista razão a John Norvell, quando afirma que as classe médias brasileiras se sentem desconfortáveis com a cor clara de sua pele.

Uma vez que a brancura é entendida como européia e portuguesa, a classe média reluta em aceitar essa designação para si mesma. De forma coerente com a visão de que o Brasil é totalmente miscigenado, não se fala da brancura como característica valorizada, e meus entrevistados parecem evitar, sempre que é plausível, o uso do termo “branco” ao referir-se a si mesmos. Quanto é inevitável, devido ao tom da pele ou à descendência de imigrantes recentes, costumam aceitar o rótulo com incômodo ou constrangimento.<sup>121</sup>

A resposta daquela militante, embora pretenda ser politicamente correta e negar as diferenças raciais, nega às negras a possibilidade de falar em nome próprio, criando as condições propícias ao tratamento do outro como um incapaz a ser tutelado. Se os brancos são negros, eles podem falar em nome destes, mais uma vez tratando-os como

---

<sup>120</sup> SOVIK, Liv. *Aqui Ninguém é Branco: hegemonia branca e media no Brasil*. In: WARE, Vron (org.). *Branquidade: identidade branca e multiculturalismo* – Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 363-386.

<sup>121</sup> NORVELL, John M. *A Branca Desconfortável das Camadas Médias Brasileiras*. In: MAGGI, Yvonne; REZENDE, Cláudia Barcellos (orgs.). *Raça como Retórica: a construção da diferença* – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 260.

objeto e não como sujeito das reivindicações jurídicas. Aquela militante acreditava que as mulheres negras não precisavam estar representadas ali. Mas ao fazê-lo não percebia que, mesmo cheia de boas intenções, estava a tutelar e infantilizar muitas das mesmas mulheres que ela pretendia ver emancipadas.

O discurso que nega o racismo e a própria identidade negra, por ser defendido pelos grupos que estão nos centros de prestígio da sociedade, faz parte daquele modelo branco de atração de que fala Stefânie Loureiro e, como discurso modelo, acaba por ser também adotado por aqueles que estão na periferia do sistema, mas que, para serem aceitos, são obrigados a introjetar padrões e discursos dominantes como forma de serem aceitos e poderem se beneficiar do sistema. Isso faz com que pessoas negras rejeitem sua própria cor e estabelecessem como projeto de vida o casamento inter-racial para que seus descendentes não sofram a mesma discriminação.<sup>122</sup>

Se o combate ao racismo depender da adesão a um padrão racial dominante, ainda que miscigenado, isso não significará nunca uma estratégia contra o racismo, pois a cor não perde sua função de estabelecer preferências e lugares sociais. A assimilação de índios, brancos e pretos numa nacionalidade supostamente sem cor é exigir que os indivíduos abram mão de suas identidades próprias, isto é, que abram mão de sua individualidade, o que é o avesso da democracia. A validade do conceito de democracia

---

<sup>122</sup> “Ainda que uma pessoa tenha vivido poucas situações de discriminação que a tenham deixado em dúvida quanto ao seu desempenho profissional, essas situações a privam de critérios para medir a extensão e os limites de sua capacidade, tornando-a insegura de seu próprio valor (LEWIN, 1988). Essa forma de articulação do sistema interétnico e a invisibilidade dos mecanismos de discriminação mantêm as pessoas negras presas à ideologia dominante. Pois, desconhecendo os mecanismos de discriminação e duvidando se o preconceito étnico existe ou não no Brasil, muitas vezes, afastam-se de seu grupo étnico-racial e esforçam-se por seguir as normas e modelos determinados pelo grupo dominante, a fim de que possam conseguir reconhecimento social”. (LOUREIRO, Stefânie Arca Garrido. *Identidade étnica em reconstrução: a ressignificação da identidade étnica de adolescentes negros em dinâmica de grupo na perspectiva existencial humanista* – Belo Horizonte: O Lutador/De Paulo Editora, 2004, p. 85)

racial só poderá ser garantida se superada essa obsessão pela homogeneidade, pois mais que a regra da maioria, democracia significa que mesmo a menor das minorias não seja apenas tolerada ou aceita, mas sim esteja efetivamente presente nas esferas públicas de formação da opinião e da vontade política. Substituir o conceito de superioridade de uma raça pura pela superioridade de uma meta-raça mestiça, tal como sustentavam Silva Mello ou Darcy Ribeiro, não elimina o racismo, pois a raça continua a ser decisiva para se definir o sentido da cidadania.

#### **1.6 O CONCEITO TRADICIONAL DE DEMOCRACIA RACIAL COMO EXPRESSÃO DE UM MODELO SUBSTANTIVO DE DEMOCRACIA**

A democracia racial foi uma idéia que ganhou força justamente na época de afirmação do Estado Social no Brasil. O movimento que em 1930 pôs fim à Velha República foi mais que um golpe de Estado porque significou mais que a centralização política administrativa. Aquele movimento foi uma revolução também porque trouxe significativas mudanças culturais e sociais. Sob certo aspecto, a própria unidade política foi também garantida através de um discurso de unidade étnica nacional sedimentada a partir dessa época. Tal unidade foi proporcionada, dentre outros fatores, pela valorização da mestiçagem. Aquilo que durante muito tempo fora visto como a causa de nosso atraso torna-se, para o discurso oficial, um ponto positivo, uma vantagem comparativa em relação a outros povos que conviviam com o dilema de unificar grupos étnicos socialmente segregados.

A centralização política e administrativa foi um desafio gigantesco, dada a heterogeneidade regional e a praticamente absoluta ausência de estradas, ferrovias e

comunicações. A solidificação do governo Vargas praticamente coincide com a fase de instalação do Estado Social no Brasil ou, pelo menos, com sua intensificação.

O Estado Social não se resume a aspectos previdenciários e securitários. A maior regulação legislativa que é típica do Estado Social é consequência de uma ideologia segundo a qual o Estado é o centro da sociedade. Segundo essa concepção, o Estado dirige e controla não só a economia, mas as próprias liberdades. Para tanto se requer a adesão a um projeto único dirigido para as prioridades do Estado. De acordo com essa concepção, a centralização política e a direção da sociedade só podem ser conseguidas com sucesso se a sociedade reconhecer-se no Estado. Por isso o período em que prevaleceu a ideologia social do Estado foi também o período em que floresceram os governos mais autoritários.

A questão fundamental da jovem República era a construção de um povo. E de acordo com a crença então vigente, o Estado seria o produto de uma identidade nacional coesa, seria a expressão institucional de uma coletividade natural. Como destaca Kabengele Munanga:

Apesar das diferenças de pontos de vista, a busca de uma identidade étnica única para o País tornou-se preocupante para vários intelectuais desde a primeira República: Sílvio Romero, Euclides da Cunha, Alberto Torres, Manuel Bonfim, Nina Rodrigues, João Batista Lacerda, Edgar Roquete Pinto, Oliveira Viana, Gilberto Freyre etc., para citar apenas os mais destacados. Todos estavam interessados na formulação de uma teoria do tipo étnico brasileiro, ou seja, na questão da definição do brasileiro enquanto povo e do Brasil como nação. **O que estava em jogo, nesse debate intelectual nacional, era fundamentalmente a questão de saber como transformar essa pluralidade de raças e mesclas, de culturas e valores civilizatórios tão diferentes, de**

**identidades tão diversas, numa única coletividade de cidadãos, numa só nação e num só povo.**<sup>123</sup>

Parece-nos adequado afirmar que a necessidade de afirmar uma identidade nacional uniforme está associada à necessidade de legitimar o Estado sobre um fundamento naturalizado, na velha aspiração de constituir a pátria como a família ampliada, uma coletividade não apenas de destino, mas também de origem, algo que pudesse gerar o sentimento de pertença suficientemente saturado ao ponto de legitimar e sustentar as estruturas artificiais do Estado. Uma coletividade natural na qual o povo, aquele sujeito abstrato e indefinido, pudesse se reconhecer e conferir validade ao Estado. Para a afirmação de um Estado centralizador de todas as atividades sociais num país tão heterogêneo econômica e regionalmente, esse sentimento de pertença tornou-se indispensável. No meio de tanta heterogeneidade de cores, classes e regiões, era preciso encontrar o denominador comum que permitisse que todas as identidades individuais pudessem ser açambarcadas por um discurso assimilador e, conseqüentemente, redutor da complexidade social.

No fim das contas, o que se pretende é transformar o conceito de povo em algo concreto, identificável. Tornando-se realidade concreta, seria possível definir quem é o povo verdadeiro e quem não é, quem é a base natural e legítima do Estado e quem são seus inimigos. Nos países comunistas, por exemplo, o critério de identificação desse elemento incorporador foi econômico. O conceito de proletariado reduzia todos os grupos – mulheres, negros, homossexuais – e todas as demandas – dignidade, alimentação, trabalho, lazer – à solução da questão econômica. O proletariado era o

---

<sup>123</sup> MUNANGA, Kabengele. *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra* – Belo Horizonte: Autêntica, 2004, p. 55 (negrito nosso).

macro-sujeito coletivo, o protagonista concreto da história, a entidade em nome da qual falava a vanguarda revolucionária e o Estado por ela estabelecido. Quem não era proletário era inimigo do povo. Na Alemanha nazista o critério de identificação foi racial, inventando-se aquilo que deveria ser o verdadeiro alemão, ainda que isso excluísse boa parte dos alemães.

Para o grande jurista do Estado Social, Carl Schmitt, a decisão política fundamental, a única questão materialmente constitucional, é estabelecer quem é o povo, o que só pode ser feito estabelecendo simultaneamente quem não é o povo. Por isso Carl Schmitt reduz a política à definição da relação amigo e inimigo.<sup>124</sup> Trata-se de uma questão concreta. Segundo tal concepção o povo é o suporte fático de validade do Estado. Um dado real e natural.

No caso do Brasil, a vastidão geográfica e a heterogeneidade étnica e cultural representavam desafios a juristas e sociólogos que acreditavam que a unidade do Estado e do direito dependiam da unidade do povo como uma coletividade concreta e natural e estavam então preocupados em construir um conceito de nacionalidade adequado à nossas experiências. Mesmo um autor como Alberto Torres, que já rejeitava as teorias de superioridade racial, acreditava que o Brasil era um país jovem e tinha como necessidade urgente fazer-se uma nação, isto é, construir aquilo que seria “a base estática, o arcabouço anatômico, o corpo estrutural da sociedade política”.<sup>125</sup> Torres defendia que isso deveria ser feito através de programas pedagógicos que deveriam criar, ainda que artificialmente, o sentimento de nacionalidade. Através de lições de patriotismo a população poderia ser organizada e dirigida para um projeto de

---

<sup>124</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político* – Petrópolis: Vozes, 1992.

<sup>125</sup> TORRES, Alberto. *Apud* MUNANGA, Kabengele. *Op. cit.*, p. 66

desenvolvimento.<sup>126</sup> A identidade nacional era uma questão de planejamento a ser definido a partir do centro administrativo da sociedade, o Estado.

O grande projeto do Estado Social é eliminar as contradições sociais, absorvendo-as e atuando como o mediador universal de todos os conflitos. Os países comunistas e a Alemanha nazista são apenas as formas mais radicais e explícitas do Estado Social. Porém, de modo mais ou menos intenso, todo o ocidente sentiu os efeitos da crise da democracia liberal e experimentou formas de centralização do poder central e redução do espaço das liberdades individuais.

É comum usar a expressão Estado Social para se referir ao conjunto de políticas de intervenção econômica, assistência social e previdência pública. É comum que ao se falar em Estado Social se pense apenas nos governos europeus de depois da I Grande Guerra, no New Deal de Roosevelt e, sobretudo, nos Estados escandinavos, onde políticas de forte intervenção na vida privada e estatização da economia alcançaram sucesso ímpar no cenário internacional. Sob tal perspectiva o Estado Social seria apenas o conjunto das políticas públicas voltadas para a intervenção no domínio econômico. Mas o Estado de Bem-Estar Social é apenas um dos aspectos desse modelo político e jurídico assumido pelo Estado de Direito.

O aspecto da intervenção no domínio econômico é a expressão mais evidente de um modelo de sociedade dirigida a partir de um centro de comando definido. Não se trata apenas de um modelo de proteção previdenciária e assistencial do cidadão, mas do controle da vida privada do indivíduo, reduzindo a esfera de atuação da pessoa e submetendo os interesses privados ao interesse público definido a partir de cima. Nesse modelo, o estatal é de tal modo ampliado que passa a abranger todo o conceito de

---

<sup>126</sup> TORRES, Alberto. *O problema nacional brasileiro: introdução a um programa de organização nacional* – 4. ed. – Cia Editora Nacional/UnB, 1982.



interesse público e, paralelamente, o conceito de público fica reduzido à esfera do Estado. E isso não é uma característica de regimes autoritários, como no comunismo ou no fascismo. Mesmo em regimes democráticos a ideologia Social é marcada pela diminuição das esferas da liberdade e pelo papel tutelar do Estado, redundando em formas exacerbadas de comunitarismo nas quais a Administração e a burocracia especializada substituem o cidadão no controle da política. Basta lembrar que em 1997 veio a público pela imprensa que na Suécia, tida historicamente como uma sociedade progressista e democrática, entre 1935 e 1976, cerca de 63 mil pessoas – dentre alcoólatras, doentes mentais e outros grupos – foram secretamente esterilizadas sem seu consentimento e sem nem mesmo tomarem conhecimento. Como política de saúde pública, as autoridades sanitárias estabeleceram a prática de esterilizar essas pessoas quando, por qualquer razão, precisavam recorrer à internação hospitalar e procedimentos cirúrgicos. Numa clara medida eugênica, o governo entendeu que, independentemente do consentimento dos pacientes, cabia ao Estado decidir o que era melhor para a saúde da sociedade.<sup>127</sup> Em nome de uma forte preocupação social violaram-se direitos fundamentais de milhares de indivíduos sob o argumento de que se estava protegendo sua saúde. Esse exemplo extremo, ocorrido numa democracia antiga e sedimentada, serve para ilustrar que a ideologia do predomínio absoluto da esfera pública sobre a privada não foi especificidade de regimes autoritários nem de países jovens ou subdesenvolvidos. Mais que uma orientação da legislação e dos serviços públicos, por Estado Social compreende-se exatamente essa ideologia de precedência absoluta da esfera pública, restringindo-se e condicionando-se a autonomia privada.

---

<sup>127</sup> Foi divulgado na imprensa que as primeiras indenizações começaram a ser pagas em 1999.

O conceito de Estado Social por nós utilizado acompanha a teoria discursiva do direito formulada por Habermas, que propõe que o estudo do Estado de Direito pode ser feito a partir de paradigmas preponderantes no discurso de justificação e legitimação do poder em épocas determinadas.<sup>128</sup> A partir do surgimento do Estado Moderno, quando o direito se diferencia completamente de outros sistemas sociais como a religião ou a tradição, Habermas identifica três grandes paradigmas: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito. Os dois primeiros paradigmas corresponderiam a períodos nos quais prevaleceram respectivamente a ideologia Liberal e a ideologia Social. Não significa que sejam períodos em que só uma dessas ideologias tenha existido, monoliticamente. Significa que num primeiro momento uma ideologia foi predominante, orientando a legislação e a aplicação do direito. E num segundo período, uma ideologia que antes era pouco expressiva tomou a primazia nessas mesmas tarefas de legitimação do Estado e interpretação e aplicação do direito.

Habermas acredita que ambos os paradigmas, Liberal e Social, são modelos substantivos da democracia e do Estado de Direito. São definições substantivas porque ambos trazem o que o direito e a democracia devem ser. O primeiro determina a primazia da esfera privada e o segundo a primazia da esfera pública. Para o Liberalismo os direitos coletivos seriam direitos de segunda ordem, ou melhor, seriam derivados dos direitos individuais. Já para o Estado Social as liberdades individuais é que seriam derivadas da organização coletiva da sociedade. Ambos compartilham a pretensão de

---

<sup>128</sup> Conf.: HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. In: *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política* – São Paulo: Edições Loyolo, 2002. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume II – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, capítulo VII, p. 9-42. Ver também: HABERMAS, Jürgen. *Paradigms of Law*, in ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges* – University of California Press, 1998, p. 13-25.

explicar a origem e significado do direito a partir de uma opção ideológica, ora pelos direitos individuais, ora pelos direitos coletivos.

Habermas, por sua vez, reinterpreta a evolução do direito moderno propondo que diferente do que propõem esses paradigmas substancialistas, os direitos individuais e os direitos coletivos são co-originários, isto é, ambos surgiram ao mesmo tempo, estando simultaneamente na base do direito moderno. Por razões históricas, o desenvolvimento do Estado de Direito no ocidente deu maior atenção, num primeiro momento, aos direitos individuais, e, depois da experiência da exploração dos trabalhadores provocada pela Revolução Industrial, das crises militares provocadas pelo imperialismo econômico e, principalmente, depois da grande recessão econômica da década de 1930, tal primazia foi cedida aos direitos coletivos e sociais. Contudo, seriam na realidade perspectivas interdependentes e indissociáveis.

Contrariamente àquela tese de que haveria direitos naturais originários e direitos derivados, Habermas acredita que direitos individuais e direitos coletivos, além de co-originários, são igualmente primordiais para o Estado de Direito, não sendo possível afirmar a primazia de nenhum deles. As liberdades só existem na medida em que também possibilitam direitos políticos de participação na esfera pública, ao passo que os direitos sociais só podem existir se for garantida a autonomia da esfera privada, pois mesmo os direitos coletivos, como direitos previdenciários, trabalhistas, assistenciais, etc., são acessados individualmente.

A prevalência absoluta do individualismo, vez que dá margens ao abuso do poder político e econômico, tende a prejudicar a própria autonomia privada. Vez que a concentração do capital também é uma lei do mercado, as próprias garantias individuais tendem a se fragilizar e a ficarem submetidas a critérios econômicos quando o poder se

concentra de maneira demasiada. Assim, a proteção descontextualizada das liberdades individuais tende a impedir o exercício dessas mesmas liberdades.

Já a prevalência absoluta dos direitos sociais, na medida em que exigem forte dose de centralização administrativa para permitir a alocação dos recursos econômicos de maneira eficiente, acaba por identificar o interesse público com o interesse do Estado. Ao reduzir-se a esfera de autonomia individual, o cidadão se torna dependente da assistência e tutela estatal, pervertendo a cidadania em clientelismo e condenando a coletividade à incapacidade política. Desse modo, os direitos sociais se transformam em simples serviços prestados pelo Estado provedor, isto é, a absolutização dos direitos sociais tende a destruir os próprios direitos sociais.

Se a depressão econômica da década de 1930 pôs fim às ilusões de qualquer liberalismo radical, a crise fiscal do Estado vivenciada em todo o ocidente a partir da década de 1970 revelou as contradições do Estado Social. Diante dessa encruzilhada sem retorno possível, Habermas acredita que é possível garantir a legitimidade do Estado de Direito reconstruindo o sistema dos direitos a partir de uma perspectiva procedimental, na qual o direito assuma a forma adjetiva e não substantiva. O terceiro paradigma, denominado por Habermas como Estado Democrático de Direito, reconhece a importância tanto das liberdades individuais quanto dos direitos coletivos, transformando ambas as ideologias em argumentos igualmente concorrentes na esfera pública, sem qualquer precedência abstrata de nenhum deles.

Para o Liberalismo as liberdades individuais têm precedência *a priori*. Para o Estado Social são os direitos sociais que têm maior valor *a priori*. Já para o Estado Democrático não deve haver valorização *a priori*. Direitos individuais e direitos coletivos não são valores abstratos, mas argumentos que podem ser invocados a cada

novo caso de conflito jurídico. Portanto, a cada nova situação de aplicação do direito, o intérprete deve assumir como válidos tanto os interesses individuais quanto os interesses públicos. A escolha por um deles só é possível em cada caso concreto e de forma contextualizada. Por isso se pode falar que o paradigma do Estado Democrático de Direito é um paradigma procedimental, pois, ao contrário dos paradigmas ideológicos, ele não antecipa o resultado da decisão política ou judicial. Ele apenas estabelece o procedimento. Em cada situação particular, o aplicador deverá optar pela resposta que melhor realize a justiça naquele caso concreto. Em certas situações a pretensão abusiva será do indivíduo. Em outras, da coletividade. Como todo direito é passível de abuso, não se pode afirmar com segurança que a liberdade individual deve prevalecer sempre, nem muito menos que o interesse público deve prevalecer sempre. Só as situações únicas de cada situação concreta, de cada caso específico, fornecerão os subsídios necessários para se saber qual o direito que deve ser protegido e qual a pretensão que deve ser considerada abusiva.

Sob tal paradigma procedimental, a democracia não exige homogeneidade nem muito menos adesão a um padrão dominante. Pelo contrário, o direito deve garantir a possibilidade de livre fluxo dos argumentos e, conseqüentemente, dos conflitos sociais. O pluripartidarismo e o multiculturalismo que para o Estado Social eram dilemas, obstáculos a transpor a fim de garantir a unidade da nação e a racionalidade da Administração, são a fonte de legitimidade do Estado Democrático de Direito. Num modelo substantivo de democracia tenta-se eliminar os conflitos na raiz, eliminando-se as diferenças éticas e culturais da nação a fim de garantir a adesão do povo ao discurso de legitimação dominante. O objetivo do Estado Social, por exemplo, é eliminar a complexidade social. Porém o aumento de complexidade é um fenômeno estruturante da

Modernidade, e por essa razão o Estado Democrático de Direito deve permitir a abertura do sistema do direito a quaisquer pretensões trazidas à esfera pública, desde que respeitem as próprias condições de comunicação necessárias ao entendimento. Isso significa que a questão de se definir quem é o povo, isto é, quem é o sujeito constitucional e o titular da soberania não pode receber uma resposta concreta e definitiva. A titularidade da soberania deve permanecer aberta. A função do direito, em tal contexto, é justamente garantir o aumento de complexidade.

Na antiguidade e no medievo a soberania era atributo de uma pessoa concreta. Com a Modernidade a soberania torna-se popular. Porém, sob qualquer paradigma substantivo da democracia, a tendência é tentar individualizar quem é o povo soberano. No Liberalismo a soberania é compartilhada por aqueles que têm condições de exercer sua cidadania. Daí o caráter censitário da democracia liberal como tentativa de delimitar quem realmente pode legitimamente exercer o poder político. No Estado Social tenta-se construir uma concepção concreta de povo a partir de critérios éticos ou étnico-culturais, a fim de definir quem é o titular da soberania. Paralelamente à centralização administrativa do Estado, se exige a uniformização da sociedade, a fim de produzir a identificação imediata entre governantes e governados. Isso só pode ser feito às custas da eliminação de todas as formas de diferença.

Acreditamos que democracia racial foi a versão brasileira do discurso de legitimação do Estado Social, ou melhor, foi um dos discursos pelos quais o Estado Social foi legitimado e implementado no Brasil. Muito mais que um mito, como atualmente vem sendo tratada, a democracia racial foi a resposta a uma necessidade institucional e que só funcionou porque atendia não apenas aos interesses da classe dirigente, mas principalmente porque ia ao encontro do senso comum e da cultura

arraigada de uma sociedade que desde antes da Abolição já estava habituada a ver-se como uma nação sem preconceitos de cor. A multidão de cores que povoava o país não permitia que se invocasse nenhum tipo de teoria de pureza racial e nem mesmo uma origem comum. Mas desde antes da Abolição que era difundido o sentimento de ausência de ódios raciais. Os ideólogos da democracia racial não inventaram algo do nada. Eles apenas foram capazes de identificar que em geral os brasileiros viam a si próprios como um povo mestiço. Porém, tiveram a capacidade de transformar isso que até então era motivo de vergonha e embaraço em algo do que se orgulhar. Cientistas sociais como Roquette Pinto e Gilberto Freyre foram alguns dos primeiros que, ao invés de negar a mestiçagem e propor medidas de uniformização através do branqueamento, defenderam a idéia de que a própria mestiçagem era fator de uniformização e um denominador comum do qual se poderiam valer aqueles que pretendiam identificar o critério da nacionalidade brasileira. Não deixa de ser um paradoxo o fato de que a heterogeneidade étnica do país tornou-se o elemento de homogeneização da identidade nacional. Os mitos nacionais europeus em geral reivindicavam uma origem histórica comum para explicar a identidade nacional. Mesmo em Portugal, com sua sociedade mestiça e heterogênea, o nacionalismo romântico recorreu às origens germânicas herdadas das invasões visigóticas para cunhar o mito da nacionalidade.<sup>129</sup> Mas se em Portugal isso já era algo muito forçado, no Brasil, cuja elite se envergonhava de não ser suficientemente branca, qualquer tentativa semelhante seria ridícula. Talvez isso tenha contribuído para que a idéia da mestiçagem generalizada, e sua valorização como algo

---

<sup>129</sup> Por exemplo, o romance *Eurico, o Presbítero*, de Alexandre Herculano, divulga a idéia de uma identidade portuguesa de origem germânica, tendo como matriz os invasores visigodos. Eça de Queirós, por sua vez, ironiza essa obsessão da nobreza portuguesa pela origem germânica no romance *A Ilustre Casa de Ramires*.

positivo, pudesse contar com um apelo em praticamente todas as classes e grupos sociais.

Como já se apontou, no Brasil a questão da identidade nacional e da construção de um povo foi a preocupação principal de intelectuais e estadistas do início do século XX. A especificidade do Brasil, a natureza peculiar na brasilidade, será durante boa parte do século XX o tema das obras centrais de nossas ciências sociais. As obras clássicas da sociologia brasileira, como *Casa Grande e Senzala*, *Raízes do Brasil* e *Formação do Brasil Contemporâneo*, todas elas, têm em comum a tentativa de fornecer grandes explicações gerais sobre o país tendo como pano de fundo a pretensão de estabelecer um significado para nossa identidade nacional. Darcy Ribeiro, e sua tese do povo brasileiro como “uma nova Roma”, é um remanescente tardio e deslocado da mesma tradição.<sup>130</sup>

Com o processo de centralização política e administrativa que teve lugar a partir da Revolução de 1930, o discurso de valorização da mestiçagem, e da teoria de que haveria uma *raça* brasileira, moldada da fusão de índios, europeus e negros que aqui se encontraram, é incorporado ao discurso oficial e adotado como forma de promover, através da identificação cultural, o sentimento de pertença a uma mesma nacionalidade, pois se acreditava que a instauração de um Estado centralizado e planejador exigiria um *povo* como suporte natural de legitimidade. Não um povo no sentido de uma população qualquer, mas um povo que pudesse se reconhecer e imediatamente se identificar com seu governo.

Nos anos trinta a miscigenação é formulada como um ideal ético é político que sustentaria a identidade tipicamente brasileira. Muda-se então a tendência dominante até

---

<sup>130</sup> RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil* – São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 454.



então. Se antes a idéia dominante na política era a arianização através da importação de europeus, passa-se agora a privilegiar a idéia de uma nação na qual as contradições sociais seriam eliminadas pelo surgimento de um tipo brasileiro autêntico. É a partir daí que surge a concepção de uma nação onde ninguém é branco, nem negro. Evidentemente mesmo essa política não era capaz de lidar com a realidade das populações indígenas que ainda viviam em populações consideráveis e em relativo isolamento nas regiões Centro-Oeste e Norte do país, demonstrando que mesmo a politicamente correta idéia da *morenidade* que caracterizava a brasilidade autêntica deixava muita gente de fora.

De toda sorte, dos anos trinta em diante a política e o direito vão privilegiar a idéia de uma nação sem racismo pela eliminação das identidades raciais. A Constituição de 1934 dispunha em seu art. 121, § 6º:

Art. 121 – A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

(...)

§ 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.

Note-se que a idéia eugenista não fora de toda afastada, pois ainda se exigia a “capacidade física” do imigrante. Nessa etapa as populações de imigrantes já haviam se estabelecido com sucesso nas cidades e já ocupavam boa parte das vagas nas

universidades públicas que surgiram nessa época. Nada foi feito para a promoção da população negra e índia que fora deliberadamente excluída da atenção do Estado até ali. Mas o que importa ressaltar nesse dispositivo constitucional é a consagração jurídica da idéia da mestiçagem. Ao dispor sobre “integração étnica”, a Constituição revela a importância que a questão racial tinha naquele momento. Contudo, para o modelo socializante, integração não significava inclusão, mas incorporação e redução de complexidade.

Para a ideologia Social, ao governo não basta representar o povo. É preciso que o governo *seja* o povo, como se se tratasse de uma democracia direta através da qual a nação tem acesso ao poder administrativo diretamente, sem intermediação da política. Esse processo exige uma dupla redução de complexidade. Por parte do aparato administrativo é preciso eliminar a divergência parlamentar e a concorrência natural entre os partidos. Por parte do povo, é preciso criar a imagem de uma nação única e homogênea, pois se a nação tiver vozes divergentes o governo não terá como falar. A identificação deve ser recíproca. Nas democracias parlamentares se procura refletir a imagem multifacetada da sociedade. Os parlamentos são partidos entre facções em disputa, que expressam os diferentes interesses existentes na sociedade. Já no Estado Social, o governo central é o grande representante de todos. Mesmo onde a democracia continua presente, os parlamentos perdem espaço e importância em prol do Executivo. Mas para que a nação fale com uma só voz, os diferentes interesses existentes na sociedade, bem como os grupos concorrentes, precisam também ser depurados. Sob a perspectiva Social, um governo uno exige uma nação una, com uma identidade uniforme estática e monolítica. Ela não é capaz de lidar com a diversidade pois se

sustenta num suposto sujeito coletivo que encarna em concreto a soberania constitucional.

No que tange aos conflitos raciais, a teoria da democracia racial proporcionou o surgimento da unidade necessária à afirmação do Estado Social no Brasil. Ao contrário de uma democracia representativa, a concepção democrática que subjaz à teoria da democracia racial requer uma maioria abrangente e totalizante. O Brasil seria uma democracia racial porque sempre prevaleceria a posição da maioria e não porque se garantiria a representação de pessoas de todas as raças. Ao se pregar que todo brasileiro é mestiço, indiretamente se está a afirmar que quem não se identifica como mestiço está abrindo mão de sua identidade nacional e, conseqüentemente, de sua legitimidade para debater na esfera pública. Quando se afirma que ninguém é negro, se está diretamente negando a legitimidade do argumento de alguém que se identifique como negro. Se ninguém é negro, qualquer argumento baseado na cor é desqualificado preliminarmente, sem nem mesmo se discutir seu mérito. O argumento sequer é conhecido, sendo negado de pronto em razão de uma origem espúria e avessa à *natureza* de nossa nacionalidade. Ocorre algo semelhante quando, por exemplo, se afirma que as ações afirmativas são estrangeirismos importados e sem relação com a realidade nacional. Ao se fazer tal afirmação se está questionando não apenas a eficiência dessas políticas, mas o próprio direito de serem apresentadas no debate público. Qualificar uma medida como estrangeira, quase sempre, significa qualificá-la como uma medida estranha, o que desqualifica até mesmo a legitimidade de se apresentar o argumento. A nacionalidade seria algo palpável, material. O sucesso de políticas e legislações não decorreria de sua adequação aos princípios formalmente consagrados na Constituição, mas sim da

correspondência àquele espírito da nacionalidade que pairaria sobre a Constituição formal como uma Constituição material de ordem metafísica.

É a partir da distinção entre Constituição formal e Constituição material que Oliveira Viana critica a Constituição republicana de 1891 alegando que sua incapacidade de regular as relações sociais derivava do “desacordo entre o idealismo da Constituição e a realidade nacional”.<sup>131</sup> Interessante notar que as teorias constitucionais de Carl Schmitt, na Alemanha de Weimar, bem como as de Oliveira Viana, um dos maiores juristas do Estado Novo, são elogios à Constituição Inglesa e à necessidade de prevalência da constituição material, concebida como normatividade natural e não escrita que rege de fato as nações.

A crítica de Schmitt à Constituição de Weimar<sup>132</sup> e a crítica de Oliveira Viana à Constituição de 1891 são pautadas na idéia de descompasso entre a legislação e o espírito do povo. Ambos sustentavam que a Constituição formal de seus países contrariava a constituição material de suas nações. O sucesso do Estado dependeria de que ele fosse a expressão inequívoca do sentimento de nacionalidade, exigindo a identificação direta entre governante e governado. Uma identificação de tal ordem só pode ser alcançada se for eliminado o caráter múltiplo e heterogêneo de ambos os pólos dessa relação, isto é, eliminando-se as divisões partidárias do poder e eliminando-se as divisões culturais, éticas e étnicas da nação. Assim como o governo deve ser materializado na figura concreta de um líder único e inequívoco, o povo deve ser materializado numa coletividade concreta que compartilhe os mesmos valores,

---

<sup>131</sup> VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da Constituição* – Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927, p. 40.

<sup>132</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* – Madrid: Alianza Editorial, 2001.

sentimentos e, principalmente, uma identidade única e inequívoca. O líder encarna a nação e, para tanto, a nação deve ter um só espírito.

Tanto Carl Schmitt<sup>133</sup> quanto Oliveira Viana dedicam sua atenção à crise da democracia parlamentar e ambos dão como certo o prognóstico de ser um fenômeno sem volta e que o futuro da democracia estava em Estados fortes e centralizadores. Para Oliveira Viana o parlamento e os partidos políticos representavam apenas a luta pelo poder e o aspecto rasteiro da política. Para ele a democracia “pode perfeitamente realizar-se sem eleições e mesmo sem eleitores. Eleições e eleitores não são coisas principais numa democracia; são meios para atingir o fim, - e não são nem o meio único, nem o melhor dos meios”.<sup>134</sup>

Na década de 1920 o mundo oscilava entre uma série de projetos políticos autoritários à esquerda e à direita. Em toda parte os parlamentos eram fechados ou relegados à obsolescência, ao passo que surgiam Executivos fortes, que progressivamente absorviam todos os papéis políticos institucionais e assumiam novas tarefas antes fora da competência do Estado. No Brasil não era diferente e todas as elites econômicas e intelectuais concorriam ao poder com projetos autoritários, ora inspiradas no comunismo bolchevique, ora inspiradas no fascismo italiano, ora inspiradas na doutrina econômica organicista da Igreja, ora como expressão de nossas próprias tradições escravocratas.

Oliveira Viana resume de forma exemplar a perda de significância dos parlamentos e da democracia representativa e a emergência da idéia de uma democracia direta, fruto de uma relação não intermediada entre o Executivo e o povo:

---

<sup>133</sup> Ver: SCHIMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar* – São Paulo: Scritta, 1996.

<sup>134</sup> VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da Constituição* – Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927, p. 90 (atualizou-se a grafia).

Os grandes interesses nacionais, tais como os interesses da vida econômica, estes estão procurando outros órgãos de expressão mais competentes, mais eficazes, mais representativos do que as corporações estritamente políticas.

E um movimento se está operando em todo o mundo e que, aqui, também se começa a revelar, sem nenhuma outra causa explicativa, senão a própria força das circunstâncias, a força das próprias condições do meio e do momento. Os parlamentos deixam ver cada vez mais a sua inutilidade, a sua imprestabilidade como órgãos auxiliares do governo político das sociedades. Em compensação, cada vez mais se generaliza a praxe do entendimento *direto* do governo com os órgãos representativos dos grandes interesses sociais. Esses interesses sociais que, até então, se entendiam com o poder por intermédio do Parlamento, dos “mandatários do povo”, como se dizia (e penso que ainda se diz...); estes interesses agora já passam a procurar o próprio Poder, a debater, frente a frente com ele, num ambiente de perfeita cordialidade, os seus direitos, a expor as suas necessidades, a sugerir-lhe os seus planos de ação, com um conhecimento de causa que nenhum dos “representantes do povo” poderia, em caso algum, possuir.

(...) Os parlamentos vão sendo insensivelmente postos de lado e não sei se seria exagerado dizer que se estão tornando progressivamente um aparelho inútil e dispendioso. Os homens de governo, que querem fazer administração e não política, não encontram neles nenhuma fonte segura e sadia de orientação, capaz de norteá-los na gestão dos negócios públicos.<sup>135</sup>

Como solução para os conflitos típicos da democracia parlamentar, como o embate entre facções e partidos, propunha-se a uniformidade, a homogeneização. Os partidos não podiam representar o povo porque representavam apenas interesses

---

<sup>135</sup> VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da Constituição* – Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927, p. 105-107 (atualizou-se a grafia).

parciais. Só um governo unitário poderia representar a integralidade da nação. Do ponto de vista sociológico – e Oliveira Viana também tratou dessa questão em diversas obras acerca da população e da identidade nacional<sup>136</sup> – a sociedade também não podia conviver com conflitos de identidade. Um governo uno exigia uma nação una, que pudesse servir de suporte seguro ao aparato administrativo.

Se quanto ao pólo do governo Oliveira Viana defendia o desaparecimento das facções e partidos, quanto ao pólo dos governados ele defendia a homogeneização étnica como forma de expurgar os riscos da divisão social. Uma nação multiétnica era um risco tão perigoso ao sucesso da nação quanto o pluripartidarismo. Por isso Oliveira Viana apontava a vantagem do Brasil em comparação aos EUA, cuja sociedade encontrava-se dividida racialmente.

Não há perigo de que o problema negro venha a surgir no Brasil. Antes que pudesse surgir seria logo resolvido pelo amor. A miscigenação roubou o elemento negro de sua importância numérica, diluindo-o na população branca. Aqui o mulato, a começar da segunda geração, quer ser branco, e o homem branco (com rara exceção) acolhe-o, estima-o e aceita-o no seu meio. Como nos asseguram os etnólogos, e como pode ser confirmado à primeira vista, a mistura de raças é facilitada pela prevalência do “elemento superior”. Por isso mesmo, **mais cedo ou mais tarde, ela vai eliminar a raça negra daqui. É óbvio que isso já começou a ocorrer. Quando a imigração, que julgo ser a**

---

<sup>136</sup> VIANA, Francisco José de Oliveira. *Raça e assimilação* – 3. ed. – Rio de Janeiro: Cia. Editora Nacional, 1938; VIANA, Francisco José de Oliveira. *Populações meridionais do Brasil* – São Paulo: Edições da Revista do Brasil-Monteiro Lobato e Cia. Editores, 1920; VIANA, Francisco José de Oliveira. *O typo brasileiro: seus elementos formadores*. In: *Dicionário Histórico, Geográfico e Etnológico do Brasil*, Volume I – Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1922.

**primeira necessidade do Brasil, aumentar, irá, pela inevitável mistura, acelerar o processo de seleção.**<sup>137</sup>

A “integração étnica” prevista no artigo 121, § 6º, da Constituição de 1934 não representava a aceitação das minorias, mas sim sua absorção pela maioria.

A mistura, a miscigenação, não é fator de inclusão, mas de eliminação das minorias. Não se está a apontar aqui uma opinião excêntrica ou isolada. Trata-se daquele que foi, ao lado de Francisco Campos, o mais influente jurista do Estado Novo, autor de inúmeras obras que influenciaram decisivamente a sociologia e o direito no país. A unidade pretendida pelo Estado Social foi intensificada no Brasil pela Constituição de 1937 que extinguiu tanto partidos políticos como organizações da sociedade civil, como a Frente Negra Brasileira, primeira associação negra de expressão nacional.

A solução dada ao problema racial não foi a inclusão do negro, e muito menos a do índio, cuja invisibilidade é ainda maior. A solução foi a adesão e incorporação. Como definiu Oracy Nogueira, o preconceito racial no Brasil não se manifesta principalmente em razão da origem, mas em razão da cor da pele em si, o que denominou preconceito de marca.<sup>138</sup> Desta forma é possível fugir da discriminação negando a identidade negra e aderindo ao modelo dominante. Esse modelo de incorporação teve por resultado a desmobilização das minorias étnicas, desorganizando a luta pelo reconhecimento de seus direitos. Talvez não exista melhor ilustração desse

---

<sup>137</sup> VIANA, Francisco José de Oliveira. *Apud* MUNANGA, Kabengele. *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra* – Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

<sup>138</sup> NOGUEIRA, Oracy. *Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem*, in ANAIS do XXXI Congresso Internacional de Americanistas – São Paulo, 1954, vol. 1.



ponto que o depoimento de uma mulher negra a um pesquisador: “Veja meus filhos. Já são quase brancos, pois lutar, formar associações de defesa, não adianta nada”.<sup>139</sup>

O projeto de assimilação substitui qualquer luta por reconhecimento. A luta por reconhecimento demanda esforço e gera riscos e frustrações. Alternativamente, admitir a assimilação a um modelo dominante parece menos difícil e arriscado, pois poupa o cidadão do confronto e da desconfortável exposição que só intensifica a discriminação. A experiência do preconceito é desgastante e submete a vítima a uma contínua sobrecarga, vez que se trata de uma condição que, como a cor da pele, não está sob seu controle. Por isso a alternativa assimiladora é atraente. Por não dispor de condições de reivindicar seus direitos, o grande objetivo da pessoa discriminada torna-se simplesmente ser aceita, pois é bem menos doloroso assumir o discurso dominante do que se expor ao conflito sabendo-se a parte mais frágil. Todavia, se a pessoa precisa abrir mão de sua identidade, se não pode declarar sua diferença, isso não é aceitação e muito menos inclusão e é, portanto, o avesso da democracia.

---

<sup>139</sup> BASTIDE, Roger. *Branco e negros em São Paulo* – São Paulo: Editora Nacional, 1971, p. 187

## 1.7 REDESCOBRINDO AS CORES

De certo modo, a imagem do Brasil como um país incolor, ou melhor, como um país de cores fugidias ao ponto da irrelevância social, foi elaborada sob o ponto de vista de um grupo social predominantemente branco. Além disso, é preciso reconhecer que a miscigenação não é um fator que por si só impeça o surgimento de segmentações racistas na sociedade. No caso do Brasil, por exemplo, a miscigenação se deu não como um discurso para inclusão de todas as identidades raciais, mas como forma de incorporá-las e eliminá-las através da construção de uma meta-raça que absorvesse as demais, a partir de uma concepção que compreende a democracia como adesão à maioria.

O ponto de vista de negros e indígenas está quase sempre ausente da imagem de um Brasil sem racismos. Desta sorte, é compreensível que pessoas que passaram por experiências de discriminação racial tenham dificuldade em se reconhecer nessa imagem de país que lhes é mostrada. O debate acerca das ações afirmativas no ensino superior vem justamente ao encontro dessa reivindicação pela presença nos espaços de formação da opinião pública e nas esferas de decisão. É impossível ter uma idéia adequada de qualquer problema se não forem ouvidos os atingidos por esse problema. A resposta aos problemas de se saber se há racismo no Brasil e se o racismo existente justifica a implementação de políticas públicas para seu combate só pode ser obtida se todos os interessados participarem como sujeitos do debate.

Durante praticamente toda a história da República tomou-se a decisão de que o problema racial no Brasil não justificava políticas de promoção social ou educacional das minorias historicamente discriminadas. O não fazer também é uma decisão. E essa decisão foi mantida e sustentada por uma classe de dirigentes e por uma classe de

intelectuais com um tom de pele bem homogêneo e definido no espectro social brasileiro. Negros e indígenas estiveram ausentes nessas tomadas de decisão pelo simples fato que seu acesso aos espaços públicos de decisão lhes foram sempre restritos. As ações afirmativas têm por objetivo trazer aos espaços públicos representantes das minorias raciais que sempre estiveram ausentes. A universidade brasileira produziu e reproduziu a ideologia dominante de que não há raças e portanto não há racismo no Brasil. Mas os cientistas e juristas que emitiram essa opinião eram, em geral, pessoas que não conheciam a experiência de serem discriminados, isto é, eram brancos. O ponto de vista do negro e do índio esteve ausente da experiência acadêmica. Promover a inclusão de negros e indígenas na universidade não tem por objetivo a simples distribuição de recursos, nem a tentativa de reproduzir na sala de aula as médias estatísticas obtidas em censos populacionais. O objetivo é implementar uma das condições de efetivação da democracia, qual seja, a participação do cidadão como sujeito de seu direito. O debate acadêmico, ao tratar negros e indígenas como objeto de pesquisas, mas sem permitir-lhes que participem da produção do conhecimento, acabam por tutelar as minorias como incapazes. A primeira condição para a democracia é que as partes envolvidas estejam presentes no debate político. Ao criar mecanismos para se incluírem nas universidades membros de minorias historicamente discriminadas, pretende-se que essas pessoas possam trazer ao espaço acadêmico suas próprias experiências de vida e opiniões relativas à discriminação e ao preconceito de cor, pois só assim a universidade pode ter alguma segurança de que não está tratando o outro como um objeto, nem está tutelando os interesses alheios.

As ações afirmativas podem representar a institucionalização de um processo de diálogo entre experiências diversas. O resultado desse procedimento pode levar à

confirmação da necessidade de políticas de inclusão, bem como pode chegar à conclusão de que políticas de cunho racial trazem mais problemas que solução. Porém, qualquer que seja a decisão a que poderemos chegar com relação ao problema racial, essa decisão não pode ser tomada sem considerar as perspectivas de todos os agentes envolvidos. Sob tal perspectiva, políticas públicas que incluam membros de minorias raciais em posições sociais estratégicas, e que lhes abram a possibilidade de estar presentes no cenário público como sujeitos ativos do debate, constituem um meio, uma condição de participação na luta contra diversos tipos de discriminação.

A inclusão étnica no ensino superior é interessante, pois não representa a ocupação de um espaço definitivo. O curso superior, sendo transitório, abre oportunidades de trânsito social para seus alunos, mas não representa um *status* social definitivo. Um diploma superior não é garantia de emprego, pois durante e depois da vida acadêmica se exige constante qualificação e atualização, nem muito menos de ascensão econômica. Por isso mesmo ele é menos susceptível ao risco de se transformar numa forma de caridade ou tutela, pois o estudante sabe que o curso é algo temporário. Embora, como já se afirmou, ter um curso superior não é garantia de nada, ele aparece como canal de participação, como possibilidade e oportunidade. Não é certo que aquele que cursa uma faculdade saberá bem usar desse canal de participação, porém, a democracia não é simples concessão de bens e serviços, mas justamente a institucionalização de mecanismos de acesso à participação, e, sob tal perspectiva, políticas públicas afirmativas implementadas no ensino superior podem justamente realizar essa que é uma das principais condições da democracia.

Não se pode negar o importante papel da miscigenação para a construção de uma sociedade que, pelo menos, têm *preconceito de ter preconceito*. Contudo, é preciso

chamar a atenção que mesmo a mistura de raças pode agir como fator de absorção e assimilação de minorias ao invés de garantir o respeito ao direito à diferença. Para que a idéia de democracia racial possa continuar a ser defendida, os membros de qualquer minoria devem poder não só se identificar com aquilo que sentem ser, como também devem existir mecanismos que garantam que membros de minorias vítimas de discriminação tenham acesso a espaços de prestígio social e às esferas de formação da opinião pública e de decisões políticas, de modo que eles próprios possam reivindicar, em seu próprio nome, seus próprios direitos.

## 2 UM OUTRO EM MEU LUGAR: AS AÇÕES AFIRMATIVAS FEREM DIREITOS SUBJETIVOS DECORRENTES DO MÉRITO INDIVIDUAL?

“... mas tem o *Outro* – o figura, o morceirão, o tunes, cramulhão, o debo, o carocho, do pé-preto, o mal encarado, aquele – o que-não-existe!”

Guimarães Rosa, *Grande Sertão: Veredas*

### 2.1 A SUPERAÇÃO DA ORDEM PATRIMONIAL DO ESTADO BRASILEIRO E O SENTIDO DA MERITOCRACIA

Não deixa de ser significativo que na cultura popular um dos nomes pelo qual é conhecido o demônio seja simplesmente *o outro*, usado para designá-lo como adversário e inimigo. De modo semelhante, o conceito de indivíduo cunhado pela Modernidade também pressupõe a figura do outro como adversário, inimigo ou concorrente, tomando-se a alteridade – para aludir àquela célebre frase da peça *Entre Quatro Paredes (Huis Clos)*, de Sartre – como um problema infernal.<sup>140</sup> Por isso é natural que qualquer política voltada para a inclusão e afirmação do outro afete não apenas a organização jurídica da sociedade, mas também nossos mais arraigados sentimentos de subjetividade e identidade pessoal.

Um dos argumentos mais recorrentes no debate público acerca das políticas de ações afirmativas voltadas para a promoção social de minorias étnicas, especialmente as

---

<sup>140</sup> Em sua obra de teoria mais conhecida, Sartre formula a mesma idéia de modo talvez ainda mais expressivo, e encara o outro não apenas como uma realidade adversa, mas também como a origem da náusea existencial: “A minha queda original é a existência do outro” (SARTRE, Jean-Paul. *O Ser e o Nada: ensaio de uma ontologia fenomenológica*).

pertinentes ao ensino superior, é aquele que acusa essas políticas de ferirem direitos subjetivos dos demais estudantes. Argumenta-se que estudantes com bom desempenho acadêmico teriam direitos subjetivos às vagas disponíveis no ensino superior. Afirma-se costumeiramente que, por ser do interesse público que os profissionais que atuam no mercado e ocupam os cargos decisórios no Estado sejam os mais qualificados e capazes, o acesso ao ensino superior deveria ser necessariamente determinado por critérios de avaliação do mérito individual dos candidatos concorrentes. O espaço acadêmico seria portanto um direito subjetivo reservado aos indivíduos de comprovado mérito acadêmico.

O argumento tem certa lógica. E ganha força quando inserido no contexto brasileiro, no qual critérios meritocráticos ainda lutam contra persistentes vestígios de ordem patrimonial presentes na organização de todos poderes e em todos os níveis do Estado. O Estado brasileiro foi marcado em sua origem por um forte caráter patrimonialista. Raimundo Faoro descreve a formação da sociedade brasileira a partir do projeto econômico do Estado português, gerido por um “patriciado administrativo”, isto é, um estamento governamental que se formara na corte portuguesa e transmitiu à sociedade e ao Estado brasileiros aquela confusão entre interesse público e interesse privado que caracteriza o patrimonialismo. De acordo com a descrição de Faoro, ao contrário de muitos outros lugares, segundo a qual os Estados nacionais surgiram do arranjo e do conflito entre as forças sociais existentes, no Brasil a própria sociedade teria tido origem num projeto estatal, o que marcaria profundamente nossa organização civil. O sucesso daquele projeto teria sido possível pela precoce formação do Estado Moderno em Portugal. Surgido durante a Reconquista Cristã na Península Ibérica, Portugal não conheceu o feudalismo da mesma forma que o restante da Europa, o que

significa que o Estado português teria desde sua origem elementos típicos do Absolutismo e do Estado moderno, como a concentração do poder na figura de um rei que não competia com senhores feudais, o que lhe permitia o controle da economia, e também a presença de uma classe administrativa.<sup>141</sup> De acordo com Perry Anderson a Idade Média na Península Ibérica teve particularidades muito acentuadas e não teria vivenciado as instituições essenciais do feudalismo da mesma forma que a Europa Central ou as ilhas britânicas, pois “a Espanha cristã caiu antes que Carlos Magno criasse o Império que atuou como real incubador para o feudalismo europeu”.<sup>142</sup> Quanto a Portugal, o mesmo historiador aponta que “a reconquista do Sul foi muito mais breve do que na Espanha, e por isso levou a um poder real muito mais pronunciado”, de modo que “nenhuma hierarquia intra-senhorial formalizada surgiu e o separatismo da nobreza era fraco”.<sup>143</sup>

Tudo isso permitiu o surgimento de uma administração centralizada que teria dirigido o empreendimento colonial como um projeto eminentemente estatal. Sérgio Buarque de Holanda também reconhece a ausência em Portugal daquela estratificação social rígida e naturalizada que caracteriza o feudalismo e admite que essa

---

<sup>141</sup> FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro* – 10 ed. – São Paulo: Globo; Publifolha, 2000, 2 volumes. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil* – 26 ed. – São Paulo: Cia. das Letras, 1995, conf. capítulo 1, p. 31 *et seq.*

<sup>142</sup> “A exceção ao modelo geral seria a Catalunha, incorporada ao reino carolíngio no século IX, que conseqüentemente passou pela experiência padrão de *vassi dominici*, do sistema de benefícios e do condado administrativo” (ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade ao feudalismo* – 5 ed. – São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 163).

<sup>143</sup> “(...) a servidão da gleba já estava desaparecendo desde o século XIII (...) A distribuição das propriedades em terras pela classe governante era provavelmente única na Europa Ocidental: desde a revolução de Avis em 1383, a renda anual da monarquia era quase igual à da Igreja, e as duas juntas eram entre quatro a oito vezes maiores que o total dos rendimentos da nobreza”. ANDERSON, Perry. *Idem*, p. 166 e 167.



especificidade portuguesa foi decisiva na formação do Brasil.<sup>144</sup> Essa forma de administração patrimonial teria tido decisiva influência na posterior organização do Estado brasileiro e a persistência de seu legado seria ainda um obstáculo à democratização da administração pública.

A transferência do aparato administrativo criado numa administração de viés absolutista representou o surgimento de uma administração colonial estruturadas em moldes patrimonialistas, e cujas características teriam sido legadas ao Brasil depois da independência. Em linhas gerais, patrimonialismo significa gerir o Estado a partir de critérios particulares e preferências privadas, conferindo-se cunho personalista ao poder e ao direito. Na administração patrimonial o processo de tomada de decisões públicas é orientado em função de preferências particulares, confundindo-se o patrimônio público com o patrimônio do soberano e o governo com a pessoa daquele que o exerce.<sup>145</sup> As decisões políticas são consideradas questões de Estado e assim afastadas do debate público e imunizadas contra qualquer crítica. A decisão pública reveste-se do caráter de

---

<sup>144</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil* – 26 ed. – São Paulo: Cia. das Letras, 1995, conf. capítulo 1, p. 31 *et seq.*)

<sup>145</sup> “Weber contrapõe repetidas vezes o sistema burocrático, que ele considera próprio do Estado moderno, ao patrimonial. Neste último, os funcionários não são assumidos em base contratual, mas são tipicamente escravos ou clientes de quem detém o poder e, ao invés de uma retribuição fixa, são recompensados com benefícios em natureza ou em dinheiro; as funções administrativas não são atribuídas com base em critérios relativos a esferas de competência impessoais e a hierarquias racionais, mas são distribuídas quer seguindo a tradição quer de acordo com o arbítrio do soberano a distinção entre pessoa e cargo não existe, enquanto todos os meios de administração são considerados partes do patrimônio pessoal do detentor do poder; enfim, as funções administrativas tendem a não ser exercidas de forma continuada” (GIRGLIOLI, Píer Paolo. *Verbetes: Burocracia*. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política* – 5 ed. – Brasília: Editora UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 125-126).

*arcana imperii*,<sup>146</sup> segredo de Estado, ou *raisons d'état*,<sup>147</sup> e por isso não precisa ser publicizada nem muito menos motivada, pois sua justificação é implícita: o bem do Estado é a decisão do príncipe. Por isso a Administração Burocrática que se sedimentou no século XIX representa um avanço na gestão do Estado, pois significou a institucionalização de procedimentos decisórios e a estruturação de carreiras nas quais o funcionário público pode ascender com base em seu talento e mérito individual.<sup>148</sup>

No Brasil, durante todo o período imperial e a Velha República, o Estado foi marcado pelo predomínio de práticas marcadamente pessoais e patrimoniais. De certo modo, o coronelismo pode ser visto como a institucionalização dessas práticas, na medida que os apaniguados do Estado ou aqueles que possuem poder e influência local têm seu prestígio oficialmente reconhecido por uma patente oficial.<sup>149</sup> Nesse contexto patrimonialista o mérito individual não era reconhecido nas carreiras públicas. E como as escolas superiores de então eram todas estatais, ou de alguma forma subsidiadas pelo poder público, o magistério e as carreiras acadêmicas também estavam sujeitas aos

---

<sup>146</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa* – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 69.

<sup>147</sup> Sobre o surgimento desse conceito na França, sob Richelieu, durante o período das guerras religiosas, conf: KISSINGER, Henry. *Diplomacia: a diplomacia das grandes potências* – 2 ed. – Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1999, p. 59.

<sup>148</sup> “No decorrer do século XIX se delineia, todavia, uma outra concepção de Burocracia que emprega o termo no sentido técnico e não polêmico. Trata-se daquele conjunto de estudos jurídicos e da ciência da administração alemães que versam sobre *Bureausystem*, o novo aparelho administrativo prussiano, organizado monocrática e hierarquicamente, que, no início do século XIX, substitui os velhos corpos administrativos colegiais. A ênfase destas obras é normativa e se refere especialmente à precisa especificação das funções, à atribuição de esferas de competência bem delimitadas, aos critérios de assunção e de carreira” (GIRGLIOLI, Píer Paolo, *idem*, p. 124).

<sup>149</sup> Sobre o coronelismo na Velha República, ver: LEAL, Vítor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil* – São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1975.

mesmos mecanismos de influência pessoal. Durante boa parte de nossa história as faculdades foram não mais que uma extensão do aparato estatal. Os cargos de magistério eram freqüentemente ocupados por dirigentes políticos ou servidores públicos que acumulavam outras funções na Administração, como prova o tumultuado período em que a Faculdade de Direito de Pernambuco esteve sediada em Olinda, entre 1828 e 1854, caracterizado por enorme carência de professores e pela sistemática ausência às aulas daqueles que lecionavam, situação que só foi contornada quando a faculdade foi transferida para Recife, ao lado da sede do governo da província.<sup>150</sup> Em Minas Gerais, logo após inaugurada em fins de 1897 a nova capital, Belo Horizonte, a Faculdade de Direito foi imediatamente transferida de Ouro Preto, juntamente com todo o aparato do Legislativo, Executivo e Judiciário, deixando claro o quanto a academia e burocracia estavam conectadas.

Por causa dessa forte influência estatal, todas as carreiras de algum modo tinham a necessidade de se remeter à autoridade pública, sem a qual seus membros dificilmente obteriam alguma colocação profissional. Como a economia era a tal ponto frágil que o mercado não absorvia nem mesmo a população mais qualificada, “o funcionalismo”, na expressão de Joaquim Nabuco, era “a profissão nobre e a vocação de todos”.<sup>151</sup> E diante da ausência de procedimentos públicos, o acesso ao emprego ficava condicionado à troca de favores e ao tráfico de influência, sem espaço para avaliações acerca da qualificação necessária a cada cargo. O seguinte relato de José Murilo de Carvalho ilustra bem a realidade do clientelismo estatal na Velha República.

---

<sup>150</sup> Conf: BEVILACQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife* – 2. ed. – Brasília: IHL, 1977. SCHWARCZ, Lília Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930* – São Paulo: Cia. das Letras, 1993, p. 143 *et seq.*

<sup>151</sup> “Oferecem-se ao brasileiro que começa diversos caminhos, os quais conduzem todos ao emprego público.” (NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo* – Petrópolis: Vozes, 1988, p. 131)

O exame dos arquivos de políticos da época com responsabilidades executivas revela que a grande maioria dos documentos diz respeito a solicitações de benefícios. O arquivo de Rui Barbosa é exemplar: durante seu período como ministro da Fazenda, talvez mais da metade da correspondência que recebia se referia a pedidos de favores e empregos. Os pedidos vinham de todos os lados e muitos eram transmitidos por seus próprios colegas de ministério, como Benjamin Constant, Campos Sales, Francisco Glicério. Não faltavam mesmo pedidos de Floriano e Deodoro e até de Dona Mariana, mulher de Deodoro. O *único diretor de repartição que se rebelou contra esta prática, insistindo em colocar o mérito acima do empenho, foi tido como insano pelo secretário de gabinete* de Rui Barbosa".<sup>152</sup>

Essa situação era vivenciada tanto no serviço civil como no militar.<sup>153</sup>

O título de bacharel torna-se assim como que uma carta de recomendação ou um passe para o acesso aos cargos públicos. Ao invés do aprendizado de uma técnica os cursos superiores eram buscados pelo prestígio conferido pelo título.<sup>154</sup> “O prestígio advinha, no entanto, menos do curso em si, ou da profissão *stricto sensu*, e mais da carga simbólica e das possibilidades políticas que se apresentavam ao profissional de

---

<sup>152</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi* – 3 ed. – São Paulo: Cia. das Letras, 2004, p. 65 (itálicos nossos).

<sup>153</sup> A carreira militar, que na França de Napoleão e na Prússia serviu de modelo para o surgimento da técnica da administração burocrática contra a tradição do oficialato hereditário, aqui não era exceção às práticas de favorecimento e prestígio pessoal. A acumulação de cargos e patentes concedidas de favor ou mesmo compradas para compensar a ausência de sangue nobre era algo tão corriqueiro a ponto de compor o cenário do Rio de Janeiro colonial e mesmo depois da independência. No conto *Verba Testamentária*, Machado de Assis narra de passagem a estória de dois meninos de sete anos que ostentavam patentes compradas de capitão e alferes.

<sup>154</sup> Sobre o *bacharelismo* brasileiro ver: ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira* – São Paulo: Brasiliense, 1988.

direito. (...) Sinônimo de prestígio social, marca de poder político, o bacharel se transformava em uma figura especial em meio a um país interessado em criar elites próprias de pensamento e direção política. Como dizia um aluno [da Faculdade de Pernambuco], em 1831, no Brasil existiam ‘duas aspirações: obter para si a patente de guarda nacional e conseguir o grau de bacharel ao menos para um de seus descendentes’”.<sup>155</sup> Para Gilberto Freyre o grau de bacharel no Brasil era um “título de nobreza” ou “selo de legitimação”, enquanto o sistema de ensino, ao invés de uma formação técnica, assumia o caráter de um “sistema de educação ritualista que tinha na faculdade o seu pináculo”.<sup>156</sup>

Embora o bacharelismo seja mais explícito nas faculdades de direito, o caráter ritual e dogmático do ensino, bem como a concepção de ciência como ilustração e erudição, mais do que técnica e produção, podem ser identificados mesmo nas escolas de medicina, museus e institutos históricos e geográficos criados no século XIX e início do século XX. É bem verdade que o século XIX foi uma época de crença quase religiosa na ciência e no método científico. De um modo ou de outro, todas as ciências experimentaram uma confiança eufórica nas certezas científicas e na possibilidade de previsão rigorosa através de métodos indutivos e dedutivos. Desde as leis da termodinâmica às descrições sociológicas, acreditava-se piamente na função civilizadora e salvadora da ciência. São típicos do século XIX movimentos que almejam ser uma síntese entre os discursos religioso e científico, expressão de uma “tendência da

---

<sup>155</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. *Op. cit.*, p. 142.

<sup>156</sup> Conferência citada por LEVINE, Robert E. *Pernambuco na federação brasileira 1889-1937: a velha usina* – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

época que via na ciência não apenas uma profissão, mas uma espécie de sacerdócio; que valorizou a moda intelectual em detrimento da produção”.<sup>157</sup>

No Brasil, porém, o cunho ritualístico do sistema de educação proporcionaria campo fértil para a disseminação e perenização dessa tendência. Talvez em nenhum outro lugar do mundo tenham tido influência tão profunda doutrinas como o kardecismo – um discurso religioso que se apresenta como ciência – e o positivismo de Augusto Comte – um discurso filosófico que acabou por se tornar uma religião.<sup>158</sup>

No caso brasileiro, a “sciencia” que chega ao país em finais do século não é tanto uma ciência de tipo experimental, ou a sociologia de Durkheim ou de Weber. O que aqui se consome são modelos evolucionistas e social-darwinistas originalmente popularizados enquanto justificativas teóricas de práticas imperialistas de dominação. (...) O que se valorizava nesse momento, porém, não era tanto o avanço científico, entendido enquanto incentivo a pesquisas originais, e sim uma ética científica, uma “cientificidade difusa” e indiscriminada. Tanto que se consumiram mais manuais e livros de divulgação científica do que obras ou relatórios originais. A ciência penetra primeiro como “moda” e só muito tempo depois como prática e produção.<sup>159</sup>

É flagrante o atraso da atividade científica praticada na época no Brasil se comparada com a América Espanhola.<sup>160</sup> Enquanto na América Espanhola as instituições universitárias surgiram desde o início da colonização, contando ainda no final do século XVI com seis universidades, no Brasil os centros de ensino superior

---

<sup>157</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>158</sup> O Brasil foi onde a “religião da humanidade”, criada por Comte, mais se desenvolveu. O último templo dessa religião, que possuía ídolos, rituais, sacerdotes e catecismo, ainda existe no Rio de Janeiro.

<sup>159</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>160</sup> AZEVEDO, Fernando. *As ciências sociais no Brasil* – São Paulo: Melhoramentos, 1956.

surgiram apenas depois da independência e todos eles criados como cursos especializados e não como universidades.<sup>161</sup> A instituição de universidades só ocorreria na última década da Velha República, e, mesmo assim, criadas da fusão de faculdades pré-existentes, cujos cursos continuariam a ser ministrados isoladamente, com pouca integração administrativa, quase inexistente contato entre os currículos das diferentes escolas componentes de uma mesma universidade e sem a prática do ensino interdisciplinar que caracteriza a concepção universitária.<sup>162</sup>

Tudo isso certamente contribuiu para que o ensino superior no Brasil tivesse aquele caráter de *cientificidade difusa e indiscriminada*, pensado antes como ilustração retórica que como técnica profissional, o que certamente comprometeu o amadurecimento de uma meritocracia acadêmica. Essa forma ritualizada de educação formal revela que os conhecimentos técnicos eram menos importantes que o diploma em si. Num tempo em que o ensino e o saber científico estavam associados a um cerimonial de projeção social, não havia no serviço público muito espaço para que se

---

<sup>161</sup> Estima-se que até a independência do Brasil menos de três mil brasileiros se formaram em universidades, a maioria em Coimbra e alguns poucos em Toulouse, Montpellier e no Reino Unido. Bem diferente se deu nas colônias espanholas. “Já em 1538, cria-se a Universidade de São Domingos. A de São Marcos, em Lima, com privilégios, isenções e limitações da de Salamanca, é fundada por cédula real de 1551, vinte anos apenas depois de iniciada a conquista do Peru por Francisco Pizarro. Também de 1551 é a da Cidade do México, que em 1553 inaugura seus cursos. Outros institutos de ensino superior nascem ainda no século XVI e nos dois seguintes, de modo que, ao encerrar-se o período colonial, tinham sido instaladas nas diversas possessões de Castela nada menos de 23 universidades, seis das quais de primeira categoria (sem incluir as do México e Lima). Por esses estabelecimentos passaram, ainda durante a dominação espanhola, dezenas de milhares de filhos da América que pudera, assim, completar seus estudos sem precisar transpor o oceano”. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil* – 26 ed. – São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 98)

<sup>162</sup> A primeira universidade do país, a atual UFRJ, surge em 1920 da fusão das três faculdades existentes na cidade do Rio de Janeiro. A Universidade Federal de Minas Gerais surge em 1927 e a Universidade de São Paulo em 1934.

apurasse a capacitação técnica daqueles que pleiteavam cargos públicos, pois em geral a seleção se fazia através da influência pessoal ou pela obtenção de favores que dispensavam qualquer discussão acerca de mérito acadêmico. Uma vez que o diploma era causa suficiente da distinção honorífica almejada, e abria por si só as possibilidades de acesso aos cargos públicos, critérios mais rigorosos de avaliações de mérito perdiam toda sua relevância e toda sua função, pois o saber acadêmico assume feição meramente decorativa.

Numa sociedade como a nossa, em que certas virtudes senhoriais ainda merecem largo crédito, as qualidades do espírito substituem, não raro, os títulos honoríficos, e alguns dos seus distintivos materiais, como o anel de grau e a carta de bacharel, podem equivaler a autênticos brasões de nobreza. (...) a qualidade particular dessa tão admirada “inteligência” é ser simplesmente decorativa, que ela existe em função do próprio contraste com o trabalho físico, por conseguinte não pode supri-lo ou completá-lo, finalmente, que corresponde, numa sociedade de coloração aristocrática e personalista, à necessidade que sente cada indivíduo de se distinguir dos seus semelhantes por alguma virtude aparentemente congênita e intransferível, semelhante por esse lado à nobreza de sangue.<sup>163</sup>

O diploma do ensino superior representava menos a premiação pelo esforço do que o reconhecimento de um talento inato, um talento que nada tinha a ver com trabalho, produção, disciplina e muito menos resultados práticos.

A partir da Revolução de 1930 o governo brasileiro periodicamente tenta implantar reformas na legislação e na estrutura do Estado a fim de consolidar princípios burocráticos de delimitação de competência e organização de carreiras nas quais

---

<sup>163</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil* – 26 ed. – São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 83-84.



admissão e progressão fossem pautadas pelo mérito. A centralização e racionalização administrativa promovida pelo primeiro governo Vargas, que culmina na criação do Conselho Federal do Serviço Público e das Comissões de Eficiência, em 1936, e do Departamento de Administração do Serviço Público (DASP), em 1938, é a primeira tentativa maciça de organizar o serviço público com base em critérios meritocráticos. Porém não se conseguiu a completa ruptura com a herança patrimonialista. Apesar de uma série de leis, promulgadas em 1936, terem estabelecido a necessidade de exames públicos e testes de competência para o emprego público, em 1961, ou seja, depois de duas décadas e meia da promulgação daquelas leis, apenas 12% de todo o funcionalismo público havia sido admitido por concurso.<sup>164</sup> Aliás, os mesmos setores sociais que apoiavam o Estado Novo e sua política de racionalização administrativa centralizadora, também mantinham as mesmas práticas patrimonialistas, tendo sido necessário um decreto-lei em 1939 para proibir que os interventores estaduais contratassem parentes para o serviço público.<sup>165</sup>

Mesmo as duas grandes reformas administrativas promovidas posteriormente, a do Decreto-Lei 200 de 1967, durante o regime militar, e a da Emenda Constitucional 19 de 1998,<sup>166</sup> sob a atual Constituição, embora tenham tentado levar a efeito um novo modelo administrativo, o gerencial, tiveram que lidar com a resistência de traços de uma cultura tipicamente patrimonialista ainda presente no serviço público brasileiro.

Até no Poder Judiciário e no Ministério Público, nos quais há muito se tem observado parâmetros de racionalidade burocrática e critérios meritocráticos de

---

<sup>164</sup> NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático*- Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Brasília/DF: ENAP, 1997, p. 67.

<sup>165</sup> NUNES, Edson, *op. cit.*, p. 64.

<sup>166</sup> Sobre o conceito de administração pública gerencial e sobre a reforma de 1998, ver: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial* – 3 ed. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

admissão e promoção, a cultura patrimonialista se manteve a ponto de se julgar necessária a criação de um órgão especial para acompanhar a administração dos tribunais. O Conselho Nacional de Justiça foi instituído em 2004 pela Emenda Constitucional 45 e instalado em junho de 2005. Como uma de suas primeiras decisões, esse órgão, por entender que a prática do nepotismo era por demais arraigada e persistente, determinou através da Resolução 07 de 18/10/05 a proibição de que juízes e promotores nomeassem seus parentes para ocuparem cargos sem concurso público. E tudo isso no mais profissional dos poderes de Estado e quase vinte anos depois de promulgada a atual Constituição.

Diante dessa história de favorecimentos e privilégios, é compreensível que qualquer política que estabeleça critérios de preferência para determinados segmentos sociais seja encarada como ameaça ao princípio da concorrência pública e um privilégio contrário à regra da premiação pelo merecimento. O esforço democrático feito ao longo de um século de vida republicana foi no sentido de consagrar o princípio da igualdade formal na concorrência nos espaços públicos, de tal sorte que medidas que trazem discussões acerca do problema da igualdade material sempre correrão o risco de soar como retrocesso às práticas de favorecimento contra as quais sempre se lutou.

No caso específico das ações afirmativas no ensino superior, têm sido criticados os planos de cotas para minorias raciais afirmando-se que privilegiam alunos piores em detrimento dos melhores, como se a fórmula do vestibular representasse não uma das formas possíveis de se medir conhecimento, capacidade e mérito acadêmico, mas fosse o vestibular, ele próprio, a determinação do mérito em si. Acredito não ser exagero afirmar que a forma do vestibular revestiu-se de um caráter quase sacramental. Seu resultado é tratado no meio familiar e escolar do estudante como prova cabal do mérito

do candidato, cuja aprovação é o coroamento de uma trajetória acadêmica exemplar, o que levou Monica Grin a cunhar o termo *ritualização do mérito*, para designar o sentimento de vitória ou conquista, através do qual o estudante pode afirmar-se individualmente, pondo em relevo sua subjetividade e capacidade pessoal, a despeito de eventuais fatores fora de seu controle ou de outras particularidades quaisquer que possam ter sido relevantes para se obter aquela vitória, no caso, a aprovação num concurso ou vestibular.<sup>167</sup>

Numa sociedade que foi historicamente habituada à consagração de privilégios e ao excessivo tráfico de influências para se obterem colocações, favores e benefícios, não é surpresa que a aprovação num vestibular difícil e concorrido seja um momento ímpar na vida do indivíduo, um reconhecimento público de sua capacidade, merecimento e valor. Face àquela tradição de favorecimentos abusivos, os concursos públicos em geral, e o vestibular em especial, tornaram-se símbolos da impessoalidade e da moralidade pública. Numa cultura de apadrinhamentos e *jeitinhos*, o concurso público feito sob certo formato se transformou, na imaginação popular e no senso-comum teórico dos acadêmicos, em último refúgio do mérito.<sup>168</sup> O único espaço em que todos seriam iguais

---

<sup>167</sup> GRIN, Monica. *Cor, etnia e ritualização do mérito no acesso à UFRJ*. In QUEIROZ, Delcele Mascarenhas (coord.). *O negro na universidade* – Salvador: Novos Toques, n. 5, 2002.

<sup>168</sup> A fé generalizada de que o formato do concurso é o fator determinante do mérito dos candidatos pode ser exemplificada pela proposta da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, do Supremo Tribunal Federal, para o preenchimento das vagas reservadas nos tribunais à indicação pela Ordem dos Advogados do Brasil, o chamado quinto constitucional, às quais costumam concorrer advogados experientes e em geral com certo prestígio no mercado. De acordo com matéria publicada na imprensa, “a Ministra sugeriu a constituição de “banca examinadora”, composta por grandes juristas, que seria encarregada da sabatina e avaliação do conhecimento dos candidatos, antecedendo a votação dos nomes pelo Conselho Federal da OAB – no caso da escolha das listas de advogados. “Acho que devem ser pensados critérios de escolha que valorizem efetivamente os melhores, os mais capacitados”, afirmou” *O Quinto Constitucional em*

e teriam chances de ocupar cargos de prestígio sem a necessidade de uma indicação ou um favor. Para muitos, a única oportunidade de inclusão e ascensão social pelo próprio merecimento.

Sem embargo, essa justificada preocupação por vezes tem levado a se confundir o princípio da publicidade da concorrência com a forma pela qual essa concorrência pode ser feita. Não se tem chamado a atenção para o fato elementar de que uma seleção pública, um concurso ou um vestibular, podem ser feitos de infinitas formas sem que seja desrespeitado o princípio da publicidade da concorrência. É certo que tanto as vagas no serviço público como nas universidades públicas devem estar abertas à concorrência pública. Porém, cada universidade, no uso da autonomia que lhes é constitucionalmente assegurada, pode elaborar diferentes metodologias de avaliação que, associadas a programas pedagógicos e de promoção social, podem resultar em diferentes políticas de admissão. Não existe uma fórmula que apure de modo absoluto o mérito acadêmico de cada candidato, pois todos os critérios escolhidos influenciam o resultado final. E de fato existem, por exemplo, estudantes que têm em média melhores resultados em provas de múltipla escolha do que em provas discursivas e vice versa, ainda quando esses exames versam sobre um mesmo conteúdo. E mesmo se for restringida a análise a um certo tipo de provas, haverá alunos que têm melhores resultados em exames que adotam uma determinada metodologia de elaboração dos enunciados. Aliás, é conspícuo e notório que há cursos preparatórios que se especializam em adestrar os estudantes para fazerem concursos elaborados de acordo com a metodologia adotada por certa instituição, e têm muito sucesso nesse empreendimento, o que prova que até a forma dos exames é uma opção técnica que

---

*Debate*. Voz do Advogado, Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Distrito Federal – ano 1, n.º 7 – Brasília, outubro de 2006).

pode influenciar o resultado. Portanto, deve-se separar a questão acerca do significado do mérito individual da questão sobre qual metodologia deve ser adotada de acordo com o perfil da vaga ou do cargo que se pretende preencher.

Num concurso público, um candidato a uma vaga numa escola de formação de militares pode ter todas as condições físicas, psicológicas e emocionais para o cargo e também demonstrar a disciplina e qualificação necessárias à carreira. Porém, pode não ser aprovado por ter errado uma questão de matemática sobre equações do segundo grau que um outro candidato, embora nem um pouco afeito à rígida hierarquia de caserna, tenha acertado. O fato de ter errado uma questão que o candidato aprovado acertou não prova que ele seria um militar pior, não prova o mérito absoluto do candidato aprovado nem muito menos o demérito absoluto do reprovado. Prova apenas o desempenho apurado conforme os critérios de seleção e metodologia escolhidos para aquele concurso específico. Mas isso não quer dizer que o resultado seria o mesmo se o concurso fosse elaborado de outra forma. Em suma, o que se quer chamar a atenção é que a alegação de que o princípio meritocrático é violado quando se mudam os critérios de seleção é uma falsa questão, pois o mérito não é um dado objetivo que possa ser materializado num determinado critério. Toda avaliação de mérito se baseia em generalizações selecionadas, escolhendo-se critérios que beneficiam alguns e prejudicam outros. Toda forma de inclusão gera necessariamente alguma exclusão. Qualquer avaliação de mérito é necessariamente um conjunto de critérios seletivos escolhidos dentre incontáveis outras possibilidades eletivas. Cada uma delas avaliará o mérito sob uma perspectiva, e não o mérito em si, como se tal coisa existisse. O que o princípio da meritocracia exige é que os critérios sejam públicos e possam ser

justificados em cada caso concreto a partir de uma concepção de justiça discursivamente fundamentada.

Se, por exemplo, uma escola de medicina adota como critério de seleção exames apenas em disciplinas bioquímicas, é perfeitamente admissível que eventualmente se aprove um candidato muito vocacionado para a cirurgia e com desenvolvidas habilidades manuais para tanto, mas que seria reprovado se além daquelas disciplinas específicas fosse incluído um exame de geografia. O fato de não saber bem geografia não o torna inapto para exercer a cirurgia. Contudo, é perfeitamente legítimo que a escola de medicina altere sua política de admissão e inclua a geografia em seu vestibular se isso estiver inserido num projeto pedagógico justificado em termos de políticas públicas. Logo, qualquer critério meritocrático que também estiver inserido num projeto pedagógico e coerente com uma política pública pode ser legítimo se for possível provar que naquela situação é a escolha que melhor atende às exigências de abstração e generalidade das normas jurídicas e, simultaneamente, contempla as expectativas de produção da justiça no caso concreto. Ou, como resume Ronald Dworkin, “qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho”.<sup>169</sup> Essa conclusão só poderá ser atingida, como se verá adiante, levando em conta as situações únicas do caso concreto, pois a aplicação do direito e a produção da justiça não se dão em abstrato e muito menos *a priori*, isto é, fora de qualquer contexto. Por isso neste capítulo será discutida a questão, que nos

---

<sup>169</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 350-351.

parece fundamental, de se saber se o acesso ao ensino superior é um direito subjetivo pertencente a todo cidadão e se as políticas afirmativas ferem esses alegados direitos subjetivos.

## 2.2 HÁ AINDA LUGAR PARA O CONCEITO DE DIREITO SUBJETIVO?

Para se avaliar se as vagas no ensino superior são direitos subjetivos, primeiro é preciso definir o que são os direitos subjetivos. Dentre todos os conceitos jurídicos fixados pela Modernidade, certamente poucos terão tido influência tão decisiva na conformação do Direito e do Estado contemporâneos quanto o conceito de direito subjetivo. Como bem aponta De Giorgi “a idéia de direito subjetivo sedimenta-se no limiar da idade moderna e torna-se uma espécie – para usar uma expressão de Blumenberg – de guia fóssil para aquelas outras sedimentações que se organizaram entorno da semântica dessa era”.<sup>170</sup> A importância desse conceito está diretamente ligada ao próprio fundamento individualista que caracterizou o surgimento do direito moderno, isto é, à ideologia iluminista liberal. E por estar na origem do processo de especialização funcional que tornou o Direito um sistema social autônomo, não é de se surpreender que o conceito de direito subjetivo tenha servido de estribo e alicerce para incontáveis outras idéias e conceitos jurídicos desenvolvidos desde então e tenha quase sempre estado no centro das discussões acerca da universalização dos direitos e da elaboração e realização de políticas públicas.

O objetivo deste capítulo é discutir a tese de Raffaele De Giorgi segundo a qual após a crise do Estado Social, teria ocorrido o “esgotamento semântico dos direitos subjetivos, na forma sedimentada por volta do século XVII, uma vez que foram transformadas as referências de sentido que funcionavam como suporte para a idéia de direito”,<sup>171</sup> e verificar se ainda é possível sustentar a utilidade daquele conceito depois da crise do Estado Social.

---

<sup>170</sup> DE GIORGI, Raffaele. Semântica da idéia de direito subjetivo, in *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro* – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 99.

<sup>171</sup> DE GIORGI, *idem*, p. 100.



Partimos da teoria dos sistemas tal como apresentada pela sociologia jurídica de Niklas Luhmann para descrever o processo de surgimento do direito moderno e sua elaboração como direito positivo, e demonstrar como o conceito de direitos subjetivos foi concebido como atributo ou propriedade do indivíduo, e pôde assim evoluir mesmo durante o período em que predominou o paradigma social do Estado e do direito. A necessidade dessa descrição é esclarecer alguns dos pressupostos assumidos por De Giorgi, que também parte da mesma teoria dos sistemas.

### **2.3 O PROCESSO DE ESPECIALIZAÇÃO FUNCIONAL DO SISTEMA DO DIREITO**

O Direito moderno, segundo Luhmann, surge de um processo de gradual especialização e diferenciação funcional que caracteriza a sociedade.<sup>172</sup> As transformações da sociedade ao longo da história podem ser descritas como um processo de especialização de funções de certas estruturas da sociedade que, para atenderem a demandas sociais concretas, organizam-se em códigos operacionais próprios, diferenciando-se até que não seja mais possível que aquela estrutura funcione

---

<sup>172</sup> “A diferenciação funcional ordena a sociedade em termos de divisão do trabalho, em diferentes sistemas parciais que preenchem funções específicas, aumentando assim a complexidade da sociedade”. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito* – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, V. 1, p. 26.

sobre a mesma lógica de seu sistema continente e, passando a funcionar por um código autônomo, pode ser compreendida e descrita como um sistema diferente e autônomo.<sup>173</sup>

Todas as estruturas sociais estariam sujeitas ao mesmo fenômeno sociológico. De modo que a própria sociedade moderna poderia ser descrita a partir de um conjunto de sistemas autônomos surgidos da especialização de funções de certas estruturas contidas em outros sistemas anteriores que, por sua vez, não perdem necessariamente sua autonomia e identidade.<sup>174</sup> Um dos objetivos da teoria da sociedade de Luhmann é descrever o processo de aumento de complexidade social e como a sociedade pode se adaptar a essa complexidade ininterruptamente crescente. Sua teoria é a de que a reestruturação do sistema social para atender ao aumento de complexidade se dá através da *diferenciação de sistemas especiais de interação*, ocorrendo diferenciações internas a cada sistema (diferenciação segmentária) e diferenciações que destacam os sistemas entre si (diferenciação funcional).<sup>175</sup> Cada um desses sistemas autônomos opera sob a

---

<sup>173</sup> “O sistema social, na medida em que aumenta sua complexidade, é reestruturado no sentido da *formação de sistemas parciais funcionalmente específicos*”. (LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 175)

<sup>174</sup> Sobre esse processo de especialização e diferenciação ver LUHMANN, *The differentiation of society* – New York: Columbia University Press, 1982.

<sup>175</sup> “A distinção entre *diferenciação segmentária* e *diferenciação funcional* refere-se ao princípio de divisão da sociedade em sistemas parciais. Na diferenciação segmentária são formados diversos sistemas iguais ou semelhantes: a sociedade compõe-se de diversas famílias, tribos, etc. Na diferenciação funcional os sistemas parciais, ao contrário, são formados para exercerem funções especiais e específicas, sendo portanto distintos entre si: para a política e a administração, para a economia, para a satisfação das necessidades religiosas, para a educação, para cuidar dos doentes, para funções familiares residuais (assistência, socialização, recreação), etc. Uma paulatina transformação da diferenciação segmentária para a diferenciação funcional nas mais importantes áreas funcionais da sociedade constitui, genericamente, um traço básico do desenvolvimento social. A rigor sempre existem ambas as formas. Mesmo nas sociedades mais simples os papéis se diferenciam funcionalmente conforme a idade e o sexo, e mesmo nas sociedades industriais mais complexas existem vários campos funcionais nos quais a diferenciação segmentária se confirma como coerente – continuam existindo várias famílias, vários hospitais, vários distritos administrativos, etc. A redistribuição se refere à principal diferenciação da

lógica de um código próprio e cria suas próprias condições de manutenção e evolução. Por isso são chamados pela teoria da sociedade de Luhmann sistemas *autopoieticos*, isto é, sistemas que reproduzem a si mesmos a partir exclusivamente de si mesmos. Cada sistema não pode impor aos demais sua forma própria de reprodução, pois cada um se presta a uma função social distinta, de modo que em relação a cada sistema todos os demais são ambiente.

Não é fácil qualquer tentativa de analogia ilustrativa ou descrição gráfica desse fenômeno aparentemente simples, tal como se tratassem de células especializadas ou órgãos de um ser vivo. Isso porque, diferente dos órgãos biológicos, que se encontram em contato com um número restrito de outras células e outros órgãos, permanecendo inserido num ambiente fixo, os sistemas sociais permanecem todos, simultaneamente, em permanente *contato* uns com os outros, ainda que, em decorrência do processo contínuo de especialização e diferenciação, o número de sistemas sociais possa ser infinito.

Isso quer dizer, em síntese, que, de acordo com a teoria da sociedade de Luhmann, na Modernidade convivem diversos códigos de ação, cada qual válido para uma função social particular. A validade de um sistema social, e de seu código específico, não é negada pela eventual existência de outro sistema que opere com código inteiramente oposto. Afinal, trata-se simplesmente de funções especializadas

---

sociedade enquanto sistema social. Na época contemporânea, após diversos ensaios históricos principalmente nas áreas da religião e da política, a diferenciação principal da sociedade desloca-se generalizadamente da forma segmentária para a funcional. A partir daí as especializações em termos de desempenho não precisam mais inserir-se em ordenamentos de sistemas parciais segmentários, como domicílios ou tribos, mas as formas de diferenciação segmentaria que ainda restam ou que se formam é que têm que justificar-se em relação às exigências específicas de desempenho de um sistema parcial funcionalmente especificado”. (LUHMANN, *op. cit.*, pp. 176-177, sublinhado nosso)

voltadas para finalidades distintas. Assim, por exemplo, a economia opera com uma lógica estratégica com a função de maximizar ganhos e superar concorrentes adversários, isto é, como vencer o outro. Já o direito opera com uma lógica comunicativa, com a função de permitir a estabilização de expectativas sociais através de critérios congruentes de justiça, isto é, como conviver com o outro. A ética opera com a lógica do respeito a valores sociais compartilhados com a função de permitir o bem viver no interior de uma comunidade presente. Já por sua vez a religião opera com a lógica da salvação ou obediência a uma ordem sobrenatural superior, com a função de permitir uma *vida* boa num outro plano existencial. Cada um desses sistemas se presta a objetivos distintos e por isso necessitam de códigos próprios. Como exposto anteriormente, a partir da Idade Moderna, todas pessoas e comunidades vivem, ao mesmo tempo, sob a influência de diferentes códigos de ação determinantes de cada sistema social, devendo aplicar ora um ora outro, de acordo com o caso, sem que isso invalide a adequação funcional dos demais.

O direito é também um sistema social surgido a partir desse processo de especialização e diferenciação funcional.<sup>176</sup> O direito ganha autonomia ao se diferenciar dos demais sistemas através do processo de especialização que, ao longo da história, o distinguiu tanto da ordem cosmológica transcendental que caracteriza a religião, como dos valores morais comunitariamente compartilhados que caracteriza a ética.

De acordo com Luhmann, as sociedades arcaicas podem ser descritas de forma mais homogênea do que a sociedade moderna, caracterizada esta pela convivência de diferentes e incontáveis sistemas autopoieticos. A sociedade arcaica encontra-se organizada sobre estruturas indiferenciadas, pois todas remetem aos mesmos

---

<sup>176</sup> LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto* – Bolonha: Il Mulino, 1990.

fundamentos de justificação, leis naturais que determinam o destino dos homens e mesmo a atuação dos deuses.<sup>177</sup> Nessas sociedades o direito apresenta-se indiferenciado no sistema da sociedade.<sup>178</sup> Isso significa que o direito encontra-se ainda impregnado por códigos determinantes de outras estruturas da sociedade.

Luhmann reconhece que “no quadro geral de uma sociologia geral do direito não é possível descrever a história do direito nem a do desenvolvimento de suas formas”,<sup>179</sup> principalmente devido à ampla variedade e multiplicidade que o direito assumiu nos mais diferentes lugares e à dificuldade e risco de se classificar e dividir épocas ou períodos históricos. Sem embargo, a descrição de Luhmann não decorre da comparação entre certas normas ou instituições. É uma descrição teórica a partir de “problemas de caráter hipotético – e entre eles o problema básico do direito: a generalização de expectativas comportamentais normativas. Com isso torna-se possível fazer jus a uma multiplicidade de soluções em aberto e ao mesmo tempo assegurar a comparabilidade de normas e instituições muito heterogêneas, através da referência em comum ao problema”.<sup>180</sup> Assim, em linhas gerais, é possível distinguir diferentes graus de diferenciação ao longo da história do direito.<sup>181</sup>

---

<sup>177</sup> “O traço fundamental da estrutura é a ausência de alternativas para a ordem. “*Na sociedade primitiva, até mesmo nas dos mais elevados horizontes culturais, a sociedade existente é a única possível, que corresponde ao desejo divino, sendo assim santificada.*” (...) O sacral e o passado podem tornar plausível a não existência de outras possibilidades no presente. (...) Isso pode ser visto no fato de que a fundamentação mágico-transcendental do direito arcaico não leva à concepção de um direito enviado por Deus (pois criação significaria contingência, ou seja, escolha entre outras possibilidades). As forças sobrenaturais protegem o direito, elas penalizam e restituem, mas não geram nem modificam o direito. O direito vincula os deuses da mesma forma que os homens” (LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 188, itálicos no original).

<sup>178</sup> “A sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, às quais os outros sistemas sociais podem referir-se”. (LUHMANN, *op. cit.*, vol 1, p. 168)

<sup>179</sup> LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 182.

<sup>180</sup> LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 183, grifo nosso.

<sup>181</sup> “Podemos satisfazer-nos com uma divisão grosseira, distinguindo apenas se já existe uma diferenciação de processos decisórios de cunho jurídico e se eles se referem à aplicação do direito ou também à legislação. Essas diferenças marcantes caracterizam conquistas evolutivamente improváveis,

De acordo com essa teoria, “a evolução é sempre concebida como elevação da complexidade social”,<sup>182</sup> tendo em conta a dissolução de sociedades tradicionais, com visões de mundo relativamente concretas, pelo progressivo aumento de complexidade da economia e pela ampliação das opções de vida e comportamento. O direito pode assim se apresentar, nas sociedades arcaicas, sob a forma de regras naturais e concretas. Pode também, como é típico das altas culturas da Antiguidade, caracterizadas por “uma diferenciação funcional incompleta”,<sup>183</sup> ser marcado pela identificação entre os fundamentos normativos e cognitivos do direito.<sup>184</sup> Ou pode ainda diferenciar-se completamente de outras estruturas sociais, como ocorre com o direito positivo que caracteriza a Modernidade, na qual o direito não tem como recorrer a fundamentos de ordem natural ou religiosa.

Como bem afirma Luhmann, a *positividade* é o “fenômeno que caracteriza, mais que qualquer outro, o direito da sociedade industrial moderna”.<sup>185</sup> Contudo, é preciso eliminar um equívoco freqüente que identifica direito positivo como se fosse sinônimo de legislação. A legislação é o instrumento burocrático mais comum através do qual o

---

cuja estabilização praticamente altera toda a problemática do direito. Nesse sentido distinguimos o direito arcaico, o direito das altas culturas antigas e o direito positivo da sociedade moderna. O decisivo nessa distinção é o grau relativo de desenvolvimento e não a ocorrência cronológica objetiva, de tal forma que mesmo sistemas sociais contemporâneos podem ser considerados arcaicos ou cultivados se apresentarem as características correspondentes.” LUHMANN, *op. cit.*, vol. I, p. 183-184.

<sup>182</sup> LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 34.

<sup>183</sup> LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 201.

<sup>184</sup> “Ainda é impensável uma separação entre a fundamentação da vigência e o conteúdo (contingente) das normas, como passou a ser possível na concepção medieval do criador absoluto. O direito é concebido como *verdade* tanto em sua vigência quanto em seus traços essenciais, ou seja: apesar da sua normatividade ele é submetido ao modo de tratamento das expectativas cognitivas. (...) E é por isso que a função cognitiva não pode ser diferenciada autonomizando-se como ciência assimiladora. A noção de mundo baseia-se em uma fusão de expectativas normativas e cognitivas, funcionalmente difusa e portanto estática. Expectativas normativas e cognitivas, ser e dever ser podem ser diferenciados na prática da técnica jurídica, mas não na concepção de suas bases”. (LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 220, grifo nosso)

<sup>185</sup> LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 34.

direito é positivado. Mas a legislação em si não significa positividade, mesmo porque na antiguidade já havia legislação.

A legislação não é uma invenção da atualidade. A fixação do direito através da legislação já era praticada nas culturas da Mesopotâmia e, principalmente, na antiguidade. Em alguns casos, principalmente em Atenas e Roma, grandes obras de reforma da legislação estabelecem os limites tradicionais com respeito a formas anteriores da cultura jurídica político-religiosa, ou então, como nas leis *Ch'in* (221-207 a.C) na China, apoiavam a unificação política de uma sociedade territorialmente ampla. Até mesmo sociedades que não ultrapassaram o limiar da alta cultura, e na medida em que elas pelo menos diferenciam politicamente as atribuições decisórias, conhecem a coexistência entre o direito da tradição e determinações mais ou menos genéricas do senhor, que podem inserir-se no direito vigente.<sup>186</sup>

Porém “os objetivos políticos então pretendidos não eram propriamente legislativos, mas voltavam-se principalmente para a manutenção da ordem através da jurisdição”.<sup>187</sup> A legislação se sustenta em fundamentos não jurídicos, mas religiosos ou tradicionais. E embora se admita a possibilidade de modificação das leis, essa variação necessita ser legitimada pela tradição ou pela religião.<sup>188</sup> Assim, a legislação não é concebida como inovação, mas como revelação ou, no máximo, como a consagração escrita de leis naturais pré-existentes. Licurgo em Esparta e Sólon em Atenas eram considerados grandes legisladores porque acreditavam fazer exatamente o oposto que um legislador moderno. Eram reverenciados não por *criarem* boas leis, mas por

---

<sup>186</sup> LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 228.

<sup>187</sup> *Idem.*

<sup>188</sup> “As leis podiam ser pensadas como partes integrantes da ordem jurídica, cujo caráter jurídico não era proveniente delas mesmas, mas de bases extrajurídicas”. Luhmann, *op. cit.*, vol. 1, p. 229.

consagrarem aquilo que se acreditava já existir, porque tinham a sabedoria de organizar em comandos escritos aquilo que se acreditava ser a própria natureza da *polis*. Mesmo em Roma, ou no Sacro-Império medieval, que admitiam a legislação como constituição do direito, encontraram-se mecanismos de legitimação do direito pela tradição, de modo que “o imperador só precisava voltar a exercer um direito antigo”.<sup>189</sup> Portanto é inadequado definir que a característica da positividade do direito moderno significa simplesmente legislação.

A positividade do direito não é uma questão de causalidade nem de origem. Como descreve Luhmann em passagem que nos parece essencial:

O direito não se origina da pena do legislador. A decisão do legislador (e o mesmo é válido, como hoje se reconhece, para a decisão do juiz) se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes, entre as quais ele opta com um grau maior ou menor de liberdade. Sua função, portanto, não reside na criação do direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo. Ele envolve um filtro processual, pelo qual todas as idéias jurídicas têm que passar para se tornarem socialmente vinculativas enquanto direito. Esses processos não geram o direito propriamente dito, mas sim sua estrutura em termos de inclusões e exclusões; aí se decide sobre a vigência ou não, mas o direito não é criado a partir do nada. É importante ter em mente essa diferença, pois de outra forma a concepção do direito estatuído através de decisões pode ser ligada à noção totalmente errônea da onipotência de fato ou moral do legislador.

(...)

---

<sup>189</sup> LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 231.



O critério não está na “fonte do direito”, constante e atual do direito. O direito vige enquanto direito positivo não apenas pela lembrança de um ato legislativo histórico – historicidade essa que para o pensamento jurídico tradicional constitui o símbolo da irrevogabilidade – mas só quando sua própria vigência é referida a essa decisão enquanto escolha entre outras possibilidades sendo, portanto, revogável e modificável. O fator historicamente novo da positividade do direito é a *legalização de mudanças legislativas*, com todos os riscos que isso acarreta.<sup>190</sup>

Só se pode falar em positividade quando o direito, atingindo completa diferenciação, destaca-se no sistema da sociedade de tal modo que não lhe é mais possível se legitimar a partir de critérios exteriores ao próprio direito. A princípio, positividade expressa que o direito não é revelado ou resgatado, mas sim posto, estatuído, instituído, isto é, que a norma jurídica é uma escolha, uma decisão entre diversas opções normativas. A positividade do direito se revela na impossibilidade de se estabelecer uma constituição material, cujas normas tenham substância inerentemente constitucional. O direito e a constituição passam assim a ser frutos de decisões humanas, contingentes e variáveis.<sup>191</sup> Logo, “para que um tema possa integrar materialmente o direito, não é mais necessária a comprovação de que ele sempre tenha feito parte do direito”.<sup>192</sup> O direito torna-se contingente, passível de modificação no

---

<sup>190</sup> LUHMANN, *op. cit.*, vol. 2, pp. 8 e 9 (sublinhados nossos)

<sup>191</sup> “A vigência do direito, por mais rigorosa que seja a cadeia causal, estará referida a um fator variável: uma decisão. (LUHMANN, *op. cit.*, vol. 2, p. 8)

<sup>192</sup> LUHMANN, *op. cit.*, vol. 2, p. 11.

tempo e no espaço.<sup>193</sup> Mas além do caráter instituído, positividade significa que o direito institui-se a si próprio e que não são mais necessárias bases extrajurídicas para legitimar-se. O direito, como qualquer sistema *autopoiético*, cria suas próprias condições de validade e reprodução. “Em termos mais estritos pode-se falar de positividade – no sentido do direito enquanto totalidade – somente quando o próprio estabelecimento do direito, ou seja a decisão, tornou-se base do direito. E isso só pode ocorrer na medida em que a própria seletividade desse estabelecimento é aproveitada para a estabilização do direito. O *direito positivo vige não porque normas superiores permitem, mas porque sua seletividade preenche a função do estabelecimento da congruência.*”<sup>194</sup> Tal positividade surge no ocidente com o rompimento da velha ordem feudal e com a completa diferenciação do sistema do direito na modernidade.<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> “O direito positivo pode ser caracterizado através da consciência da sua contingência: ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte da experimentação jurídica para o caso de que pareça oportuna uma modificação correspondente do direito vigente (...) Dessa forma podemos reduzir o conceito da positividade à formulação de que o direito não só é *estatuído* (ou seja, escolhido) através de decisões, mas também *vige* por força de decisões (sendo continuamente modificável)”. Luhmann, *op. cit.*, V. 2, p. 10. “Dessa forma o “bom direito” parece residir não mais no passado, mas em um futuro em aberto”. (*idem*, p. 11)

<sup>194</sup> LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1. p. 236-237, itálicos no original.

<sup>195</sup> Sobre a positivação do direito, ver: LUHMANN, Niklas. *La positività Del diritto come presupposto de una società moderna*. In *La differenziazione del diritto* – Bolonha: Il Mulino, 1990.

## 2.4 O DESLOCAMENTO DO SUJEITO PARA O CENTRO DO MUNDO: O VÍNCULO ESSENCIAL ENTRE A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E CONCEITO DE DIREITOS SUBJETIVOS NA MODERNIDADE

O processo de positivação do direito no ocidente coincide, histórica e conceitualmente, com o processo de afirmação da filosofia da consciência a partir do Iluminismo. O direito moderno surge sob os mesmos pressupostos do individualismo liberal, que predica a prevalência das liberdades privadas. De acordo com Habermas, “do ponto de vista histórico, os direitos subjetivos privados, que foram talhados para a busca estratégica de interesses privados e que configuram espaços legítimos para as liberdades de ação individuais, constituem o núcleo do direito moderno”.<sup>196</sup>

No contexto das sociedades pré-modernas o sujeito não tem posição central. As coletividades precedem o sujeito, até então compreendido como elemento, como parte cuja existência só faz sentido no seio da comunidade, e não como uma totalidade em si mesmo. O *zóom político* de Aristóteles significa não apenas a constatação factual de que os homens em regra vivem em sociedade, mas sim que seriam, por definição, seres cujo lugar natural na ordem cosmológica do mundo é inexoravelmente a sociedade. Na antiguidade, por exemplo, a saúde da *polis* precede a do sujeito. Vive-se para a *polis* e pela *polis*. E não por outra razão Sócrates toma cicuta por ela. O indivíduo tal como o entendemos hoje é construção historicamente recente, típica da Modernidade.

O individualismo moderno rompe com a sociedade estamental anterior. O renascimento das cidades e do comércio permitiu o surgimento do Direito Comercial, a

---

<sup>196</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 47.

partir principalmente das cidades italianas.<sup>197</sup> Contudo isso não foi suficiente para se superar inteiramente a concepção de hierarquia social naturalizada. No novo ambiente dinâmico das cidades torna-se possível certo rearranjo dos papéis sociais e até mesmo alguma mobilidade econômica, sobretudo depois do contato com o oriente, que significou o aumento da presença de estrangeiros. Entretanto, mesmo aí se revelam a força e permanência da hierarquia estamental na medida em que continua a se estruturar a partir de uma concepção orgânica. A emergência das guildas comerciais e corporações de ofício significa a resistência dessa concepção orgânica de vida. Através dessas corporações se pôde garantir a desigualdade essencial entre os grupos sociais e o represamento da livre mobilidade social. Guildas e corporações de acesso restrito, organizadas de forma similar a irmandades fechadas ou mesmo verdadeiras sociedades secretas, possibilitam a manutenção de uma sociedade dividida em estamentos ainda praticamente estanques, pois permitem que mesmo no espaço urbano o acesso às profissões burguesas seja restrito, restringido por consequência a afirmação do indivíduo através da ação e impedindo o livre trânsito e manifestação das capacidades e talentos individuais.<sup>198</sup>

Nesse contexto dominado pela idéia de sociedade como organismo estruturado e composto por entidades corporativas, sem dúvida não é possível a emergência do conceito de direitos subjetivos. Seria preciso dismantelar essa ordem cosmológica e

---

<sup>197</sup> Sobre a novidade representada pelo surgimento das “cidades-repúblicas”, e como elas afetaram a ordem feudal, ver: SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento jurídico moderno* – São Paulo: Cia. das Letras, 1996, p. 25 *et seq.*

<sup>198</sup> Gianfranco Poggi designa por *Ständestaat*, ou comunidade política por estados, a essa forma peculiar de organização política que surge paralelamente ao desenvolvimento urbano que ocorre a partir do século XIII. Conf: POGGI, Gianfranco. *A Evolução do Estado Moderno* – Rio de Janeiro: Zahar Editores S.A., 1981.

abrir espaço para que o sujeito se afirmasse através de sua ação individual. Esse passo foi proporcionado pelo nascimento da filosofia da consciência, sobretudo a partir de Descartes, que inaugura a filosofia moderna ao colocar sobre indivíduo atomizado os fundamentos do conhecer humano.

Após o Renascimento e a Reforma Protestante torna-se progressivamente mais difícil manter qualquer visão de mundo baseada na tradição ou na verdade absoluta da fé. A ascensão do Estado nacional e o declínio da simbologia e da importância política do Sacro Império Romano-Germânico são a expressão política dessa desagregação, na medida em que permitem tanto a autonomia política dos soberanos regionais como também que a religião se transformasse numa escolha individual. Os Tratados de Vestfália, de 1648, que põem fim à guerra de oitenta anos entre a Espanha e os Países Baixos e à fase alemã da Guerra dos Trinta Anos, são apenas o marco histórico de uma crise religiosa e política estabelecida desde o Renascimento.

Paralelamente às guerras religiosas que rompem a unidade política e espiritual do ocidente, a Revolução Científica que ocorre no mesmo período, ao abalar as bases do próprio conhecimento, perturba o consenso acerca do saber e do lugar do homem no universo, o que agrava ainda mais a crise institucional generalizada. Galileu aponta suas lentes para o cosmos demonstrando a inadequação da física aristotélica e confirmando a crítica de Copérnico a Ptolomeu. Se a Reforma rompe com a unidade da Igreja, até então compreendida como um só corpo místico que açambarcava toda cristandade, a nova ciência por sua vez veio comprometer os próprios fundamentos do saber. De acordo com a física aristotélica os sentidos são o critério seguro do conhecimento, pois só eles permitiriam a apreensão e compreensão dos fenômenos da natureza e, conseqüentemente, a certeza do saber. Logo, Galileu, ao elaborar as leis da inércia, que

parecem contrariar a percepção dos sentidos, coloca em xeque não só a física aristotélica, mas os próprios critérios do conhecimento.<sup>199</sup> Nesse contexto em que não se pode confiar na fé, na tradição e nem mesmo naquilo que se vê, Descartes elabora o célebre método da dúvida hiperbólica, tomando para o pensamento e conhecimento pressupostos radicalmente distintos da filosofia anterior.<sup>200</sup>

Um dos pontos constantes na filosofia clássica é a inspiração em alguma forma de ordem cosmológica naturalizada como parâmetro de ação. O significado do ócio na Grécia antiga nada tem a ver com lazer. Pelo contrário, ócio é exercício, ascese através da qual o homem sábio, ao contemplar a ordem eterna e imutável do cosmos, poderia se

---

<sup>199</sup> De acordo com a física de Aristóteles os corpos tendem à estabilidade e ao repouso permanente. Todo movimento é entendido como turbacão e violência, somente possível pela atuação de forças externas que, uma vez eliminadas, deixam o corpo ser devolvido a sua condição de repouso natural. A consequência filosófica disso é a pretensão de que essa ordem estável da *fisis* deva ser reproduzida na *polis*. A filosofia medieval, especialmente São Tomás de Aquino, retoma a ordem natural da física como justificativa para a necessidade de preservação da ordem social. Contudo, de acordo com a inércia de Galileu os corpos não tendem a nenhum *repouso natural*. Sua situação é sempre dinâmica. Todo corpo colocado em movimento tende eternamente ao movimento, só parando pela imposição de forças exteriores. E mesmo os corpos em repouso assim só permanecem porque sobre ele atuam forças permanentes em sentidos opostos que anulam o movimento, o que era inconcebível pelos físicos aristotélicos que tinham nos sentidos, nesse caso especial a visão, como critério para se apreender a realidade e para se estabelecer o conhecimento. As revoluções no saber científico contribuíram assim para o questionamento da ordem social justificada a partir de critérios cosmológicos em crise, exigindo a reformulação dos fundamentos da filosofia.

<sup>200</sup> “Por desejar então dedicar-me apenas à pesquisa da verdade, achei que deveria agir exatamente ao contrário, e rejeitar como falso tudo aquilo em que pudesse supor a menor dúvida, com o intuito de ver se, depois disso, não restaria algo em meu crédito que fosse completamente incontestável. (...) decidi fazer de conta que todas as coisas que até então haviam entrado no meu espírito não eram mais corretas do que as ilusões de meus sonhos. Porém, logo em seguida, percebi que, ao mesmo tempo que eu queria pensar que tudo era falso, fazia-se necessário que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, ao notar que esta verdade: *eu penso, logo existo*, era tão sólida e tão correta que as mais extravagantes suposições dos céticos não seriam capazes de lhe causar abalo, julguei que podia considerá-la, sem escrúpulo algum, o primeiro princípio da filosofia que eu procurava” (DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. In: OS PENSADORES – São Paulo: Editora Nova Abril Cultura, 1999, pp. 61-62).

tornar capaz de imprimir essa mesma ordem e estabilidade à prática política.<sup>201</sup> O ideal almejado é que a cidade, conduzida por cidadãos especiais e virtuosos, reproduza a ordem da natureza.

Porém, como se viu, a Revolução Científica de Copérnico, Kepler, Galileu e Newton tornou inviável a manutenção do paradigma da filosofia antiga. Os argumentos da filosofia clássica, tomados como saber dogmático nas catedrais e universidades, são progressivamente desalojados de seu lugar privilegiado.<sup>202</sup>

A filosofia moderna é fundada quando o fundamento do saber é deslocado do cosmos para o indivíduo, trazendo este para o centro do mundo. A contemplação do universo é substituída pela reflexão acerca da própria ação e consciência.

---

<sup>201</sup> “A palavra teoria tem origem religiosa: *theorós* era o nome do representante que a cidade grega enviava aos jogos públicos. Na *theoría*, mediante a contemplação, ele se realizava no processo do evento sacro. Na linguagem filosófica, o conceito *theoría* está vinculado à contemplação do *kósmos*. Como consciência contemplativa do *kósmos*, a *theoría* pressupõe o limite entre o Ser e o Tempo – como diz Parmênides – que funda a ontologia e é representada no *Timeu* platônico: essa ontologia garante um *logos* depurado do instável e da incerteza, restringindo a área do mutável ao reino da *dóxa*. Na medida em que o filósofo contempla a ordem imutável, realiza um processo de adequação a si próprio do processo cósmico, recriando-o em si. A teoria penetra na *práxis* da existência através da adequação do espírito ao movimento cósmico: ela imprime sua forma à existência, disciplinando-a no seu *éthos*” (HABERMAS, J., *Conhecimento e Interesse*, in BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W.; HABERMAS, Jürgen. *Textos Escolhidos* – São Paulo: Abril Cultural, 1975, Coleção OS PENSADORES, Vol. XLVIII, p. 291).

<sup>202</sup> Jocosas ilustrações do conflito entre a nova ciência e a resistência do velho paradigma é dado pelo próprio Galileu, a propósito das descobertas proporcionadas pelas recém-inventadas técnicas de dissecação, ao mencionar “o caso daquele aristotélico que (sustentando, com base nos textos de Aristóteles, que os nervos partem do coração), diante de uma dissecação anatômica que desmentia essa teoria, afirmou: Vós me fizestes ver esta coisa de tal forma aberta e sensata que, se o texto de Aristóteles não a contrariasse, pois abertamente diz que os nervos nascem do coração, por força seria preciso reconhecê-la como verdadeira.” (in REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: do Humanismo a Kant* – São Paulo: Paulus, 1990, p. 279)

Nos séculos XVI e XVII se está em um mundo no qual a religião, a tradição, os conhecimentos dogmáticos e até mesmo os sentidos podem ser colocados em dúvida. E se passíveis de dúvida, nenhuma dessas estruturas poderia servir de base segura para o conhecimento. Somente uma coisa resistiria ao método da dúvida radical: a existência do sujeito individualizado. Isto é, ao se colocar a tradição e até mesmo os sentidos em questão, pode-se duvidar de todas as certezas até então estabelecidas. Só não se pode duvidar de uma coisa: que existe um indivíduo que duvida, que pensa, que reflete sobre si mesmo. Essa foi a grande revolução do *cogito* cartesiano. Até as certezas matemáticas poderiam ser passíveis de dúvida, pois poderiam ser resultado de um engano<sup>203</sup>. Porém, embora as verdades matemáticas pudessem ser postas em dúvida, não se poderia por em dúvida que existe alguém que se engana. Se o que se percebe pelos sentidos também não é confiável, como pareciam demonstrar as novas leis da inércia, a própria existência dos outros indivíduos também pode ser colocada em dúvida. Mas não a existência de si próprio, pois mesmo a dúvida mais extrema e radical não a elimina. Pelo contrário, a confirma. Assim, a existência de si é a única certeza que o indivíduo pode ter, a única certeza segura no contexto de guerras religiosas e crises de legitimidade política. E por ser a única certeza que resta, a consciência individual de si próprio se torna também a única estrutura capaz de sustentar e reconstruir o conhecimento acerca do mundo, pois

---

<sup>203</sup> Para ser fiel a seu método da dúvida radical Descartes afirma que embora as verdades matemáticas pareçam evidentes por si próprias, nem mesmo elas seriam confiáveis como base do conhecimento, pois se poderia presumir “que existe não um verdadeiro Deus, que é suprema fonte da verdade, mas um certo gênio maligno, não menos astucioso e enganador do que poderoso, que dedicou todo seu empenho em enganar-me”. (DESCARTES, René. *Meditações* – São Paulo: Editora Nova Abril Cultural, Coleção Os Pensadores, 1999, p. 255) Entretanto, mesmo nessa hipótese que leva o método ao absurdo, o “gênio maligno” só poderia atuar sobre uma consciência real cuja existência fica comprovada, confirmando assim a correção do método.



só se poderia garantir a certeza do conhecimento se seu fundamento primeiro pudesse ficar imune à dúvida.

Descartes fornece ao pensamento posterior as condições de fundação de um novo estatuto filosófico, que tem por base não mais a ordem perfeita do cosmos nem a vontade inalterável de Deus compreensível através da Teologia. O novo fundamento da filosofia torna-se o indivíduo ciente apenas de si próprio.<sup>204</sup> A filosofia moderna é, em seu nascimento, uma filosofia da consciência e uma filosofia do indivíduo centrado em si mesmo e em oposição aos outros.

O sucesso da filosofia cartesiana se reflete em todos os ramos do conhecimento, tornando-se inevitável que o indivíduo seja tomado também como fundamento do direito. Assim como na filosofia, o indivíduo passa a ocupar o centro das atenções do direito moderno. A partir dos postulados da filosofia da consciência a Modernidade construiu um “sistema de direitos subjetivos compreendidos como propriedade, como atributo do sujeito, os quais lhe pertenciam enquanto homem e, mais uma vez, por natureza, pela sua natureza humana”.<sup>205</sup>

A idéia de que haveria direitos fundamentais universais pertencentes ao indivíduo, deixa transparecer que, sob um aspecto muito peculiar, e que aqui tentaremos demonstrar, permanece algo da concepção pré-moderna do direito como coisa devida. Porém, é claro, sob novos fundamentos e com conseqüências extremamente distintas. Na Antiguidade e Idade Média, a cada um era devido um tratamento e um lugar na

---

<sup>204</sup> “Fecharei meus olhos, tamparei os ouvidos, afastar-me-ei de todos os sentidos, apagarei de meu pensamento todas as imagens de coisas corporais, ou, ao menos, já que é muito difícil fazê-lo, considerá-las-ei insignificantes e enganosas; e, desta maneira, ocupando-me somente comigo mesmo e considerando meu interior, procurarei tornar-me pouco a pouco mais conhecido e familiar a mim mesmo” (DESCARTES, René. *Meditações* – São Paulo: Editora Nova Abril Cultural, p. 269).

<sup>205</sup> DE GIORGI, *op. cit.*, p. 106 (grifo nosso).

sociedade de acordo com seu local de nascimento. A posição do sujeito na hierarquia social era definida a partir de um *status* fixo e suas prerrogativas e obrigações eram definidas de acordo com sua situação relativa às demais castas.<sup>206</sup> Mesmo nos casos de queda de dinastias e ascensão de novos governantes, a defesa dos novos ocupantes do trono se faz em geral com recurso à tradição, encontrando-se, ainda que de formas por vezes absolutamente arbitrárias, uma origem nobre num passado remoto, pois somente essa origem poderia justificar a tomada do poder pelo novo governante como uma ascensão legítima e não como uma usurpação. Havia a obsessão por se manter a ordem social naturalizada, sem a qual imperaria o caos.

Essa ordem estamental é incompatível com o princípio da igualdade, pois o papel social de cada sujeito é definido pela distinção de sua origem. As relações sociais são definidas pela distinção na essência intrínseca e natural de cada estamento. Como não há direitos universais, o direito medieval é caracterizado pelo pluralismo jurídico, pois diversas ordens convivem simultaneamente, isto é, as normas de conduta exigíveis de cada sujeito não são as mesmas, variando conforme a casta.<sup>207</sup> Os direitos que o

---

<sup>206</sup> “O *status* concede a capacidade jurídica, e não a qualquer um, mas sim de forma diferenciada e sempre concreta para cada esfera de direitos e deveres e para liberdades delimitadas, que são distribuídas através da diferenciação de *status* na sociedade. Assim a estrutura familiar da sociedade, e mais tarde a estamental, ordena bastante concretamente, e ao mesmo tempo, a distribuição de direitos e obrigações – por exemplo quem pode casar, quem pode caçar, quem pode estabelecer um negócio, quem deve servir a pé ou encilhado – e por isso mesmo ela configura sua realidade nessa distribuição”. (LUHMANN, *op. cit.*, V. 1, p. 25)

<sup>207</sup> “Através da imagem sugestiva de uma diferenciação entre “superior” e “inferior” sedimenta-se e unifica-se uma multiplicidade de estruturas, inicialmente independentes, que se institucionalizam como um conjunto natural e indissolúvel. Isso ocorre (1) através de um diferencial generalizado de prestígio entre “superior” e o “inferior” que fundamenta uma diferença sistemática de categoria (fundamentada não só politicamente, mas também em termos religiosos, econômicos, militares, etc.) e que são visualizados e sustentados por diversos mecanismos secundários, como símbolos de *status*, formas diferentes de

sujeito poderia reivindicar, bem como os deveres que lhe poderiam ser exigidos, decorrem do *status* concreto definido pelo nascimento.<sup>208</sup>

Na passagem para a Modernidade, o direito deixa de se identificar com prerrogativas concretas e assume a forma de liberdades universalmente válidas. No entanto, embora mesmo sem o caráter de bem concreto, é possível vislumbrar que os direitos fundamentais universais de liberdade e igualdade absorvem o mesmo sentido de algo devido ao sujeito. Porém, não mais de acordo com seu *status* ou origem, mas sim de sua condição natural de pertencimento à raça humana. Como bem resume De Giorgi, “a idéia de um direito, como atributo ligado à sua qualidade de indivíduo, afirma-se no século XVII, paralelamente ao princípio da conservação de si por meio da ação”.<sup>209</sup> Se o direito na Idade Média define-se pelo conceito de distinção, o direito na Modernidade é definido pelo conceito de igualdade essencial entre todos os seres humanos. Não se trata apenas de uma diferença formal, pois as conseqüências daí advindas são, provavelmente, as mais radicais já ocorridas na história do direito. O humanismo renascentista<sup>210</sup> e, posteriormente o liberalismo, ao reivindicarem a igualdade essencial

---

comunicação e até mesmo línguas distintas para a relação entre os “iguais” ou “superiores”; (2) através de uma divisão de tarefas correspondentes a essa diferenciação de categoria, no sentido de que aos papéis de categoria mais elevada cabem atividades diferentes das atribuídas às categoria mais baixas, **o que inclui normas e liberdades distintas (...)**”. LUHMANN, *op. cit.*, V. 1, pp. 204-205 (negrito nosso).

<sup>208</sup> “Os papéis proeminentes têm que sustentar, consistentemente, proeminências. Quem domina politicamente tem que ser rico também, tem que ser considerado sábio, tem que ser de linhagem notável, tem que habitar a melhor casa e ter o maior número de serviçais, tem que exercer o comando militar, ou seja: tem que sobressair-se em quase todos os sentidos. A sociedade não suporta uma multiplicidade de hierarquia de *status*, a partir das quais surgiriam ordens hierárquicas discrepantes.” LUHMANN, *op. cit.*, V. 1, p. 206.

<sup>209</sup> DE GIORGI, *op. cit.*, p. 102.

<sup>210</sup> Embora Giovanni Reale e Dario Antiseri advirtam que “o humanismo e o renascimento constituem “uma só coisa”. (...) se por “humanismo” se entende a tomada de consciência de uma missão tipicamente

entre todos seres humanos, independentemente de origem ou nascimento, rompem com a ordem social anterior, estruturada sobre normas e liberdades distintas. Como já se frisou, essa igualdade é abstrata e atribuída a todos os sujeitos individualmente, perdendo toda relevância o pertencimento a qualquer coletividade concreta. Uma vez que todo indivíduo passa a estar sujeito a um só ordenamento jurídico, passa também a gozar dos mesmos direitos, abrindo-se oportunidades para a mobilidade social.<sup>211</sup>

Porém, os direitos subjetivos no Estado Moderno também são “compreendidos como propriedade”.<sup>212</sup> Não é mais algo devido em razão da distinção do sujeito, mas em função da igualdade essencial de todos os indivíduos. Enquanto a ordem medieval naturaliza o direito cristalizando-o concretamente no interior de cada estamento sob a forma de distintas prerrogativas e deveres, exclusivos de cada segmento social, a Modernidade deixa entrever um resquício de direito natural, porém agora cristalizado no interior do indivíduo atomizado. Como afirma De Giorgi: “O direito natural foi normatizado como direito subjetivo”.<sup>213</sup>

Os princípios universais de liberdade e igualdade são estabelecidos no início da Idade Moderna como atributos naturais do ser humano. O direito à liberdade e à igualdade perante a lei são concebidos como decorrências inexoráveis da razão.

---

humana através das *humanae litterae* (concebidas como produtoras e aperfeiçoadoras da natureza humana), então ele coincide com a *renovatio* de que falamos, ou seja, com o renascimento do espírito do homem: assim, o humanismo e o renascimento são duas faces do mesmo fenômeno”, o que faz com que a expressão *humanismo renascentista* pareça uma redundância, optou-se por ela apenas para destacar a corrente filosófica no período histórico propriamente dito.

<sup>211</sup> “Ao final do século XVIII, com a dissolução da ordem estamental, o homem, em sua personalidade abstrata, torna-se detentor do direito “por que ele é um ser humano, e não por ser judeu, católico, protestante, alemão, italiano, etc.” Desta forma desaparece a vinculação da repartição do direito a uma estrutura social prescrita de forma demasiadamente concreta.” (LUHMANN, *op. cit.*, V. 1, p. 25)

<sup>212</sup> DE GIORGI, *op. cit.*, p. 106.

<sup>213</sup> DE GIORGI, *idem*, p. 100.

Paradoxalmente, a consolidação do direito positivo é possibilitada, num primeiro momento, por argumentos de direito natural. O direito positivo é então justificado numa normatividade superior, extrajurídica, com qual a legislação de cada Estado deveria guardar correspondência se pretendesse ser racional.<sup>214</sup>

Evidência dessa justificação do direito positivo a partir de argumentos naturalizantes pode ser encontrada até mesmo em Kant, possivelmente o mais radical e profundo teórico do liberalismo. Para Kant o direito é um caso especial da moral, isto é, a moral abrange o direito. Kant distingue perfeitamente legalidade e moralidade, definida esta pelo imperativo categórico.<sup>215</sup> Mas na medida em que o dever legal é envolvido pelo dever moral, a razão orienta que as leis do Estado guardem correspondência com os imperativos universais decorrentes da *natural dignidade do homem*. “As leis vigentes não podem ser incompatíveis com as leis naturais da liberdade e da igualdade que corresponde a essa igualdade, segundo as quais todos podem elevar-se da situação de cidadãos passivos ao de cidadãos ativos”.<sup>216</sup>

Kant entende que a liberdade é um direito inato do ser humano. “Segundo Kant, o direito privado já existe no estado de natureza e a constituição do Estado determina apenas o surgimento do direito público”.<sup>217</sup> Os demais direitos seriam corolários lógicos do direito natural à liberdade. “A liberdade (independência de constrangimento exercido pelo arbítrio de outrem), na medida em que possa coexistir com a liberdade de cada um dos demais de acordo com uma lei universal, é o direito único e original que pertence a

---

<sup>214</sup> “Ainda sob a proteção formal do direito natural realizou-se no século XVIII a transformação do pensamento no sentido da total positivação da vigência do direito”. LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 230.

<sup>215</sup> Confira-se sobre a distinção kantiana entre moralidade e legalidade: BOBBIO, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant* – 3 ed. – Brasília: Editora UnB, 1995, p. 53 *et seq.*

<sup>216</sup> *Apud* ANDRADE, Regis de Castro. *Kant: a liberdade, o indivíduo e a república*. In WEFFORT, Francisco C. *Clássicos da Política*, volume 2 – São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 62.

<sup>217</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito* – São Paulo: Ícone, 1995, p. 29.

cada ser humano em virtude de sua humanidade”.<sup>218</sup> A igualdade e a autonomia são desdobramentos daquele direito primordial. A força cogente do direito, a *heteronomia*,<sup>219</sup> tem pois fundamentação moral na medida em que a imposição ao sujeito de uma conduta exterior só é legítima se a obrigação imposta de modo heterônomo guardar correspondência com o dever moral de resguardar a liberdade inerente aos demais indivíduos, isto é, o dever jurídico é justificável quando representa a realização, ainda que heterônoma, do imperativo categórico absoluto.<sup>220</sup> Nas palavras de Habermas, essa perspectiva “sugere uma falsa subordinação do direito à moral, porque ainda não está totalmente liberta de conotações do direito natural”.<sup>221</sup>

No século XIX, também Hegel, que já era capaz de perceber que o direito da sociedade burguesa é por definição direito positivo, ainda defendia que o direito positivo não fazia nada mais que captar um *conteúdo* legal pré-existente.<sup>222</sup>

A concepção que fundamenta o direito positivo em liberdades naturais está presente na origem do Estado moderno, sendo uma idéia preponderante no século XVIII, quando as idéias centrais do jusnaturalismo; como os conceitos de *estado de natureza* e *contrato social*; estão ainda em pleno vigor. Prova disso é a inequívoca influência do jusnaturalismo na elaboração da Constituição da Virgínia, da Constituição americana e das Constituições da Revolução Francesa. O jusnaturalismo é então invocado principalmente pelos autores que afirmavam a existência de lacunas no direito

---

<sup>218</sup> KANT. Textos escolhidos, in WEFFORT, *op. cit.*, p. 74.

<sup>219</sup> Sobre o conceito de heteronomia ver: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* – Lisboa: Editora 70, s/d. E também: KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos del derecho* – Buenos Aires: Editorial Americale, 1943.

<sup>220</sup> Sobre o conceito de imperativo categórico ver: KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática* – São Paulo: Martin Claret, 2004.

<sup>221</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume 1 – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 291.

<sup>222</sup> LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 230

e que, diante de uma situação lacunosa, o juiz deveria julgar o caso aplicando direito natural. De acordo com Bobbio “esta concepção do direito natural como instrumento para colmatar as lacunas do direito positivo sobrevive até o período das codificações, e mais, tem uma expressa propagação na própria codificação. No art. 7 do Código austríaco de 1811 estabelece-se que sempre que um caso não puder ser decidido com base numa disposição precisa de lei, nem recorrendo à aplicação analógica, *dever-se-á decidir segundo os princípios do direito natural*”.<sup>223</sup> A plena afirmação do direito positivo só se deu pela ampla influência que viria a ter o Código Civil de Napoleão, rigorosamente adstrito à concepção positivista.

Mesmo contemporaneamente é possível encontrar juristas que assumem o entendimento de que o direito positivo pressupõe alguma forma de direito natural subliminar ao ordenamento.<sup>224</sup> Essa necessidade ainda presente de naturalizar os fundamentos do direito positivo é sem dúvida decorrência de não se atentar para o paradoxo da *autopoiesis* do direito positivo, ou talvez pela reminiscência de uma

---

<sup>223</sup> BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*, p. 44 (grifos nossos, itálicos no original).

<sup>224</sup> Mauro Cappelletti, por exemplo, afirma categoricamente: “A constituição pretende ser, no Direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, **um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico**”. (CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado* – 2 ed. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 129, negrito nosso) E ainda que “é, exatamente, na *garantia de uma superior legalidade*, que o controle de constitucionalidade das leis encontra sua razão de ser”. Ele define essa superior legalidade como um “direito natural vigente”, e conclui que “na concepção moderna, a norma constitucional outra coisa não é senão a tentativa – talvez impossível, talvez “faustiana”, mas profundamente humana – de **transformar em direito escrito os supremos valores**, a tentativa de recolher, de definir, em suma, em uma norma positiva, o que por sua natureza, não se pode recolher, não se pode definir – o *Absoluto*. (*idem*, p. 130, negrito nosso)

ideologia que não é capaz de lidar com a artificialidade do direito moderno.<sup>225</sup> Por artificialidade entenda-se o fato do direito ser produto de decisões modificáveis, isto é, seu caráter convencional.

De toda sorte, o que se pretende salientar aqui é que o iluminismo e o liberalismo sustentam, ainda que sob uma perspectiva abstrata, a idéia de que os direitos fundamentais *pertencem* ao ser humano como consequência lógica de sua natureza humana. O liberalismo, é certo, joga sobre os ombros do indivíduo a responsabilidade pelo sucesso ou pelo fracasso de cada pessoa em afirmar esses direitos fundamentais perante a sociedade. Mas isso não desnatura a hipótese dos direitos como atributos inerentes aos indivíduos, pois a situação dos explorados e marginalizados é compreendida como incapacidade ou incompetência, isto é, não se trata de que não se reconheça aos excluídos, ou socialmente desfavorecidos, a inerência dos direitos fundamentais, mas sim de que tais pessoas não teriam sido capazes de administrar sua liberdade por culpa exclusivamente sua. A liberdade e igualdade fundamentais existiriam num hipotético ponto de partida. As diferenças sociais e econômicas vivenciadas a partir daí decorreriam da capacidade de cada um em concretizar esses direitos através de sua ação. Portanto, o fato de existirem indivíduos explorados e sem acesso ao exercício da cidadania não contradiz a tese de que mesmo eles são dotados de

---

<sup>225</sup> Sobre o caráter paradoxal dos direitos fundamentais, e de resto de todo o direito positivo, ver MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica*. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.) *Hermenêutica plural: possibilidades justafilosóficas em contextos imperfeitos* – São Paulo: Martins Fontes, 2002; e também, MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O Uso Criativo dos Paradoxos do Direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia*. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea* – Curitiba: JM Editora, 1997. Ver ainda LUHMANN, Niklas. *The Third Question: the creative use of paradox in law and legal history* – Journal of Law and Society, Vol. 15, nº 2, 1988.



liberdade e igualdade fundamentais. O pleno exercício da cidadania – bem como as situações concretas de exclusão social – é assim não uma questão de *status*, mas de talento e habilidade em dirigir a própria liberdade.<sup>226</sup> Entretanto, isso não nega que naquele hipotético ponto de partida todos seriam dotados de liberdade e igualdade fundamentais e que, através de sua ação e de seu talento, podem *conquistar* esse direito.

Um bom exemplo disso é a prática do voto censitário, dominante no século XIX. Nesse caso, a cidadania política advém da situação econômica do indivíduo. Mesmo homens de origem humilde podem aspirar a participação nas decisões públicas, desde que consigam amedidar determinada fortuna. Nesse sentido, o indivíduo como que toma posse de seus direitos políticos. Ao provar sua capacidade de assumir de forma bem sucedida sua liberdade, ele se habilita a participar das decisões políticas. E o mesmo vale para aquele que pelo insucesso econômico poderia eventualmente perder o exercício do direito de voto. Os direitos fundamentais de igualdade e liberdade se efetivam na prática social através do acesso a serviços ou espaços sociais concretos. Tais espaços, como no exemplo do direito ao voto, são conquistados individualmente, isto é, o indivíduo só pode exercê-los concretamente se, ao valer-se de sua liberdade de ação, apropriar-se, tomar posse, daquele direito por seu próprio mérito.

---

<sup>226</sup> No auge do liberalismo, em meados do século XIX, floresceram teorias inspiradas na transposição do conceito biológico de seleção natural para as relações sociais. Em especial, Herbert Spencer, que declarou que sua obra estaria apenas “pondo em prática os conceitos do Sr. Darwin no que eles se aplicam à raça humana”, e seu principal discípulo, William Graham Sumner, que acreditava que “os milionários são produto da seleção natural” (GALBRAITH, John Kenneth. *A era da incerteza* – 8 ed. – São Paulo: Pioneira, 1986, p. 37-38). Como lembra Eric Hobsbawm, “não era por acaso que o “darwinismo social”, o dogma de que aqueles que subiam ao topo de tudo eram os melhores porque mais capazes de sobreviver na selva humana, se transformou na teologia nacional do final do século XIX nos Estados Unidos” (HOBSBAWN, Eric J. *A era do capital* – 9 ed. – São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 209).

Sob o fundamento da filosofia da consciência, para a qual o outro é algo inacessível, forjou-se a ideologia do liberalismo clássico, que toma o outro como uma realidade oposta, um adversário e inimigo. O outro é potencialmente um empecilho à liberdade individual. Enquanto para a filosofia clássica os seres humanos são animais políticos cuja existência está necessária e inexoravelmente inserida numa teia de prerrogativas e obrigações distintas e estruturadas de forma orgânica, para a filosofia da consciência os indivíduos encontram-se isolados e a existência do outro é por definição um limite à liberdade. Para a primeira o outro é alguém que realiza a personalidade do sujeito, visto que as prerrogativas e deveres de suserania e vassalagem só podem existir em função de um outro que presta obediência ou impõe o comando. Diante do pluralismo das ordens jurídicas, o direito de cada ser humano só pode ser definido relativamente aos demais, o que torna portanto *o outro* um elemento essencial para o estabelecimento de minha própria subjetividade, afinal não existe um senhor se não houver um servo. É sob essa perspectiva que Hegel elabora sua célebre dialética entre senhor e escravo, que mereceria especial atenção dos marxistas e de fundamental importância para a compreensão dos conceitos de *alienação* e *revolução proletária* em Marx. Senhor e escravo são conceitos reciprocamente referentes. Para Hegel o próprio senhor não é dotado de liberdade, pois aliena sua autoconsciência, e conseqüentemente sua individualidade, porque age através do escravo.<sup>227</sup> Já para a filosofia da consciência

---

<sup>227</sup> “Nesse tipo de relação, desenvolve-se um movimento dialético que acaba por levar à subversão dos papéis. Com efeito, o senhor acaba por se tornar “dependente das coisas”, ao invés de independente, como era, porque desaprende a fazer tudo o que o servo faz, ao passo que o servo acaba por se tornar independente das coisas, fazendo-as. Ademais, o senhor não pode se realizar plenamente como autoconsciência, porque o escravo, reduzido a coisa, não pode representar o pólo dialético com o qual o senhor possa se confrontar adequadamente (já se notou com razão que ser somente senhor é muito menos do que ser pessoa autoconsciente); o escravo tem, ao contrário, no senhor pólo dialético tal que lhe

o indivíduo afirma sua subjetividade através de sua própria ação, que se contrapõe e concorre com a ação dos demais indivíduos. No paradigma pré-moderno todos os sujeitos encontram uma função orgânica no tecido social. A sociedade é o *lugar natural* do homem, que só pode existir numa comunidade política. Porém, de acordo com o paradigma liberal que prepondera no início da Modernidade, *a sociedade civil é, pelo contrário, artificial*, fruto de um contrato social. O estado natural do homem, seu *estado de natureza*, seria o absoluto individualismo. Embora os principais contratualistas, como Rousseau, Locke e Hobbes, discordem sobre as características do *estado de natureza*, todos concordam que o indivíduo precede à sociedade, que só surge porque os indivíduos, no uso de sua liberdade inata e originária, deliberam pela constituição de uma sociedade política. A precedência liberal do indivíduo sobre a coletividade é um dos fatores que vão determinar a divisão moderna entre Direito Público e Direito Privado e explicar por que o direito moderno privilegiou, em sua origem, o Direito Privado. O modelo liberal que predominou do fim do século XVIII ao início do século

---

permite reconhecer nele a consciência, porque a consciência do senhor é a que comanda, enquanto o servo faz o que o senhor ordena. Assim, Hegel identifica perfeitamente o poder dialético que deriva do trabalho” (ANTISERI e REALE, *História da filosofia: do Romantismo até nossos dias* – São Paulo: Paulus, 1991, p. 118). Joaquim Nabuco, ao tratar da escravidão no Brasil, expõe de forma exemplar como essa dialética se dá na prática política. Joaquim Nabuco pondera que a escravidão é um empecilho à implantação do liberalismo na política brasileira não apenas porque representa um óbice ao desenvolvimento da classe operária e do mercado, mas principalmente por seus efeitos psico-sociais avessos à instauração dos princípios liberais e por provocar a alienação da consciência dos indivíduos, constituindo-se assim “dois tipos contrários, e no fundo os mesmos: o escravo e o senhor” (NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo* – Petrópolis: Vozes, 1988, p. 36). Nabuco, de certo modo, intui a importância do papel dialético do trabalho para a consolidação do liberalismo: o senhor e o escravo “formam um só porque em geral o escravo é um senhor a quem só falta o escravo e o senhor é um escravo a quem só falta o dono (...). A liberdade sem o trabalho não pode salvar este país da bancarrota social da escravidão, nem tão pouco merece o nome de liberdade” (NABUCO, Joaquim. Discurso na Sessão Magna do Montepio Pernambucano, in BEIGUELMAN, Paula (org. da coletânea); FERNANDES, Florestan (coord.). *Política* – São Paulo: Ática, 1982, p. 123).

XX pressupunha a Constituição e o Direito Público como construções artificiais criadas pelo homem para garantir as liberdades naturais dos indivíduos. O Direito Privado se identificaria assim com direitos naturais permanentes, válidos universalmente e independentemente da forma de organização política de cada coletividade. As leis afeitas ao Direito de Família, Sucessões, ao Direito Comercial e demais contratos celebrados entre indivíduos livres estariam pois naquele âmbito privilegiado dos direitos inatos da liberdade privada.<sup>228</sup> Já o Direito Público, naquilo que diz respeito à instituição e organização do Estado, estaria sujeito às conveniências dos grupos que ocupam o poder, devido a seu caráter artificial, pois estaria fora do âmbito daqueles direitos reconhecíveis através da razão.

Sob tal perspectiva, que enxerga o outro como um competidor, como alguém cuja liberdade é o limite para minha própria liberdade, é fácil compreender a razão pela qual o mercado transforma-se no modelo ideal da sociedade moderna e a luta contra o outro, pela sobrevivência e pelo sucesso, transforma-se, naquela expressão de Hobsbawn, numa verdadeira teologia do período liberal.

---

<sup>228</sup> “A suprema divisão do direito (*Natürecht*) não pode ser entre direito *natural* e direito *social*, como pensam alguns, mas entre direito natural e direito *civil*. O primeiro chama-se direito *privado*; o segundo direito *público*. O *estado de natureza* não é oposto ao estado de sociedade, mas à sociedade civil, pois, no estado de natureza, pode haver uma sociedade, mas não uma sociedade *civil* (a qual assegura a propriedade através do direito público). Por isso o direito no estado de natureza chama-se direito privado”. (KANT. Textos escolhidos. in WEFFORT, Francisco C. *Clássicos da Política*, volume 2 – São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 75). Convém apenas lembrar que o direito brasileiro, herdeiro da tradição francesa, utiliza a expressão direito civil para identificar o direito privado.

## 2.5 INCREMENTO E CRISE DOS DIREITOS SUBJETIVOS A PARTIR DO ESTADO SOCIAL

O sucesso do individualismo liberal como ideologia dominante no direito ao longo do século XIX arraigou nos ordenamentos jurídicos ocidentais o conceito de direito subjetivo como propriedade do indivíduo, como algo devido ao indivíduo por sua natureza humana. A grande mudança operacional permitida pelos direitos subjetivos foi permitir não só a mobilidade social, mas sobretudo a mobilidade da situação jurídica individual. Antes do surgimento do conceito de direitos subjetivos a modificação da situação jurídica de um indivíduo ameaçava a ordem social naturalizada porque significava que alguém pudesse reivindicar um direito exclusivo de outro estrato. Como os direitos *pertenciam* à coletividade e não ao sujeito, uma reivindicação de tal natureza punha em risco todo o complexo organismo social.

Com a Modernidade, a titularidade do direito é depositada no indivíduo, como decorrência de sua humanidade e racionalidade. O direito passa a ter por pressuposto que todo indivíduo possui liberdades fundamentais que estão na base do ordenamento. Essas liberdades são essencialmente liberdades negativas, que resguardam o indivíduo contra a intervenção do Estado e que rechaçam qualquer forma de intermediação entre as partes nos contratos civis e mesmo entre o indivíduo e o Estado.<sup>229</sup>

---

<sup>229</sup> O liberalismo clássico resistia a toda forma de organização coletiva. Entendia qualquer forma de associativismo como ameaça à vontade soberana do indivíduo, e, especialmente, em razão da luta contra o corporativismo orgânico do Antigo Regime, que as associações de trabalhadores seriam uma violação à liberdade de trabalho. Na França a *Lei Lê Chapelier*, de 1791, que aboliu as corporações de ofício, serviu

Contudo, a crise no Estado Liberal ocasionada pela crescente exploração das classes trabalhadoras e, principalmente, pela crise econômica que chega a seu ápice nas décadas de 1920 e 1930, leva àquela drástica mudança na organização política da sociedade que deu origem ao Estado Social. O surgimento do Direito do Trabalho, de legislações de proteção da concorrência, de sistemas de previdência social oficiais e do conceito de função social da propriedade são apenas as evidências mais explícitas da crise do paradigma liberal e de como os direitos à liberdade e à propriedade foram afetados.

O aumento do aparato administrativo governamental verificado ao longo do século XX é expressão da centralidade que o Estado passa a ter na sociedade. O direito ao direito redonda em progressiva e crescente demanda por novos direitos. O projeto de realização da igualdade material implica em intervenções, e restrições, na liberdade de ação de indivíduos e coletividades. Por exemplo, a ampliação dos direitos trabalhistas reduz a liberdade de contratar e, por vezes, o custo da produção, a redução da competitividade das empresas e, eventualmente, aumento do desemprego, gerando novos problemas sociais que demandam soluções próprias. A melhoria da infraestrutura

---

de proibição à organização de trabalhadores e o Código Penal de Napoleão criminalizou as organizações sindicais, enquanto na Inglaterra o *Combination Act* proibiu a organização sindical, depois tornada crime de sedição ou conspiração em 1817. (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* – 4 ed. – São Paulo: LTr, 2005, p. 1353). Também a existência de partidos políticos durante boa parte do século XIX ocorreu de forma não institucional, isto é, existiam como simples blocos parlamentares. Somente com a universalização do sufrágio, que exigia instrumentos de ligação permanente com a opinião pública sobretudo com objetivos eleitorais, é que os partidos assumem a forma de pessoas jurídicas formais (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* – 11 ed. – São Paulo: Malheiros, 1996, p. 376). No Brasil, as organizações sindicais foram criminalizadas pela redação original do Código Penal de 1890. E, já no século XX, os positivistas, que tanto influenciaram a Velha República, ainda rejeitavam a existência dos partidos políticos (CARVALHO, José Murilo. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi* – 3. ed. – São Paulo: Cia. das Letras, 2004, p. 54)

de regiões mais pobres do país pode exigir a transferência de recursos públicos antes destinados a outras regiões, gerando eventualmente a insatisfação dos contribuintes que se concentram nas regiões mais ricas. Exemplos similares poderiam ser dados em relação aos direitos do consumidor, à proteção à concorrência, políticas públicas voltadas para mulheres, crianças, idosos, minorias étnicas, ou qualquer outra política pública. Isso não quer dizer que os direitos trabalhistas ou os direitos do consumidor não sejam relevantes e não possam exigir políticas públicas. Significa apenas que a sociedade torna-se mais diferenciada e complexa e que cada nova conquista de direitos gera novas exclusões e reivindicações, aumentando ainda mais a complexidade social numa progressão infinita ou, pelo menos, indeterminável. O aumento de complexidade gera mais aumento de complexidade.

No entanto a interferência na liberdade individual e as políticas públicas de equiparação material entre os indivíduos não significaram o fim ou desprestígio da idéia de direitos subjetivos. Pelo contrário, as políticas públicas sociais representam o esforço para se garantir, em concreto, os direitos de igualdade, liberdade e propriedade que, no Estado Liberal, eram consagrados de forma abstrata. Enquanto, no Estado Liberal as liberdades são sobretudo negativas, expressas como direitos contra o Estado e contra os demais indivíduos, e como igualdade formal perante a lei, no Estado Social a Administração e a Legislação são pautadas por projetos de *realização* de direitos, interferindo na liberdade e nas relações civis para resguardar as partes economicamente mais fracas – como por exemplo as leis anti-trustes e a proteção de trabalhadores e consumidores – e assumindo o papel de equiparação material dos cidadãos. O Estado se investe da tarefa de promotor do desenvolvimento econômico e social. Mas para isso requer que o direito se adapte a essa sua nova função. “O direito surge então como

elemento codeterminante e codeterminado desse processo de desenvolvimento. Ele o fomenta ao adaptar-se a suas necessidades. Essas necessidades, porém, apontam para uma maior complexidade e variabilidade social: a sociedade torna-se mais rica em possibilidades; com isso seu direito tem que ser estruturalmente compatível com um número maior de possíveis situações e eventos”.<sup>230</sup>

Torna-se especialmente relevante a distinção entre igualdade formal perante a lei e igualdade material concreta, baseada esta sobretudo em critérios econômicos. O Estado sai de sua posição de inerte garantidor da ordem social, tomando para si funções que extrapolam o poder de polícia e de defesa, funções que para o Liberalismo seriam as únicas cabíveis ao Estado. Ao interferir nas liberdades civis e ao assumir funções de fomento e desenvolvimento econômico o Estado o faz na intenção de realizar o projeto de promoção de direitos. Projeto que pretende distribuir direitos como se fossem recursos econômicos escassos a serem concedidos pelo Estado aos cidadãos. Em suma: “tem nascimento e é cultivado um esquema que pode ser definido, e que na realidade desta maneira é vivenciado pelos sujeitos, como direito ao direito”.<sup>231</sup>

Ao tratar os direitos como bens devidos aos cidadãos, a ideologia social não rompe com a concepção do direito como propriedade ou atributo do sujeito. A diferença é que enquanto no Estado Liberal se concebe a intervenção do Estado como usurpação de direitos inatos possuídos pelo indivíduo, no Estado Social se tem a pretensão de distribuir direitos alocando recursos econômicos através de políticas públicas concretas.

---

<sup>230</sup> LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 34.

<sup>231</sup> DE GIORGI, p. 108.



Desse modo, permanece a compreensão dos direitos subjetivos como posse, ou melhor, como *bens* jurídicos possuídos ou apropriáveis pelo indivíduo.<sup>232</sup>

Na verdade, o Estado Social não apenas mantém a concepção dos direitos subjetivos como propriedade, mas a radicaliza no projeto de acesso à cidadania. Da mesma forma como no direito de voto censitário, na ilustração do item anterior, concebe-se que é primeiro necessário emancipar os indivíduos para que estes venham a se tornar cidadãos. Porém, ao contrário da perspectiva liberal, o Estado assume a tarefa da promoção social, desonerando o indivíduo da responsabilidade por sua liberdade, com todos os riscos autoritários que isso implica.

Ao se perceber que a liberdade e igualdade formais não são suficientes para se garantir a justiça nas relações sociais, e que o mercado não garante por si só que os indivíduos desenvolvam plenamente suas capacidades e talentos, o Estado toma a si a tarefa de igualar os cidadãos concedendo-lhes direitos sob a forma de serviços públicos. O mesmo modelo de centralização e ingerência estatal típico da economia de bem-estar social é também vigente no direito, como se a realização da justiça dependesse exclusivamente da alocação de recursos materiais.

Nesse período o Estado não é sobrecarregado apenas por funções econômicas que antes não lhe eram conferidas. Ocorre também a sobrecarga do sistema jurídico, caracterizada pela necessidade crescente de regulamentação de todas as atividades e

---

<sup>232</sup> “Os dois paradigmas compartilham a imagem produtivista de uma sociedade econômica apoiada no capitalismo industrial, cujo funcionamento, segundo uma das interpretações, preenche a expectativa de justiça social através da defesa autônoma e privada de interesses próprios; segundo a outra interpretação, isso acarreta a destruição da expectativa de justiça social. Os dois paradigmas concentram-se nas implicações normativas do funcionamento social de um *status* negativo protegido pelo direito e procuram saber se é suficiente garantir a autonomia privada através de direitos à liberdade ou se a *emergência* ou surgimento da autonomia privada tem que ser assegurada através da garantia de prestações sociais”. (HABERMAS, J. *Direito e Democracia* – 1997, vol. II, p. 145 e 146).

esferas sociais nas quais o Estado passa a se imiscuir. E progressivamente cada coletividade, ao reivindicar novos direitos, concentra sua mobilização e exigências sobre o Estado, que se vê forçado a legislar e regulamentar os direitos próprios de cada segmento que exige uma legislação adequada a suas realidades específicas, como trabalhadores, mulheres, consumidores, pequenos empresários, agricultores, minorias étnicas, imigrantes, homossexuais, crianças, idosos, numa relação inesgotável.

A desigualdade material, sobretudo as diferenças econômicas, vivenciada nas relações sociais dão oportunidade a que se identifique a plenitude da cidadania com o gozo de serviços e benefícios materiais. De tal sorte, aquele que por carência econômica não tem acesso a certos serviços e benefícios é visto como hipossuficiente, um cidadão incompleto, ou melhor, como se gozasse de cidadania incompleta. Da hipossuficiência econômica decorreria imediatamente a hipossuficiência jurídica, que exigiria a intervenção do Estado para compensação das desigualdades materiais através de mecanismos processuais e de legislações protetivas. Assim, além dos direitos fundamentais, os indivíduos seriam titulares também do direito a ter direitos, do direito a ter acesso aos direitos fundamentais.

A concepção dos direitos subjetivos como propriedade do indivíduo deu margem a que os direitos passassem a ser encarados como prestações concretas. Os direitos subjetivos perdem seu caráter de generalidade e abstração que caracteriza a liberdade e igualdade formais típicas do Estado Liberal, para se tornarem bens concretos expressos na forma de prestações e serviços exigíveis do Estado, principalmente através de programas sociais e políticas públicas. A reivindicação por *direito ao direito* exige que o Estado atue e intervenha nas relações sociais de modo a realizar em concreto o projeto de emancipação e promoção de direitos. O risco envolvido nesse processo é o de

transformar os cidadãos em clientes de serviços públicos prestados direta ou indiretamente pelo Estado. O risco que o direito seja visto pelo indivíduo não como conquista sua, mas um benefício concedido pelo governante, que pode por sua vez exigir, ainda que implicitamente, fidelidade, sob pena de cortar ou restringir os serviços usufruídos pelos usuários. E de fato o Estado Social deu margem às mais diversas formas de clientelismo.

O conceito de direitos subjetivos no Estado Social é assim colocado no seguinte dilema. São direitos universais atribuídos e devidos ao indivíduo em razão de sua natureza humana, mas requerem a mediação do Estado para se efetivarem em concreto. Ora, se são *concedidos* ou promovidos pelo Estado, eles podem ser alocados e redistribuídos conforme a conveniência das políticas públicas governamentais, tornando-se difícil compatibilizar a idéia de direitos inerentes ao indivíduo, mas que provêm da atuação do Estado. Ao mesmo tempo em que o Estado Social radicalizou a idéia de direitos subjetivos pretendendo promovê-los em concreto, ele revelou também a inadequação de se conceber os direitos como *bens* ou coisas concretas pertencentes ao indivíduo de forma naturalizada. “É por isto que o sistema dos direitos subjetivos encontra sua plena realização e também o seu esgotamento cético no Estado social, um Estado que, por sua vez também assinala uma época de transição”.<sup>233</sup>

A tese do esgotamento semântico da idéia de direitos subjetivos de Raffaele De Giorgi, parece indicar que esse conceito, pelo menos em sua forma tradicional fixada a partir da Modernidade, não teria mais utilidade na sociedade moderna. Ele já teria cumprido sua função. Conforme a descrição histórica feita anteriormente, o conceito de direitos subjetivos foi utilizado como recurso para estruturação de um novo sistema de

---

<sup>233</sup> DE GIORGI, *op. cit.*, p. 108-109.

direitos que rompia com a antiga sociedade estamental. A idéia de direitos inerentes à personalidade humana significou um mecanismo de afirmação dos valores burgueses e da igualdade de oportunidades. “Nos séculos XVIII e XIX, esse esquema [igualdade-desigualdade] foi estimulado pela necessidade de consolidar o desmoronamento da sociedade estratificada, pela necessidade de mobilizar consenso contra as resistências e pressões que refreavam a diferenciação social e, portanto, pela necessidade de aumentar a integração social. (...) Hoje, todavia, aquela situação não mais existe, nem mesmo na sua renovação através do conceito de classe ou através dos múltiplos conceitos com os quais se descrevem novas formas da estratificação social, quer verticais, quer horizontais, como se diz. Aquele esquema não organiza mais em torno de si uma semântica”.<sup>234</sup>

A positividade do direito sem dúvida põe em evidência o caráter artificial de todo o direito. E a forma de atuação do Estado Social, promovendo direitos à maneira de recursos econômicos escassos, torna insustentável admitir que existam direitos pré-jurídicos, inerentes à personalidade humana. Contudo, será possível resgatar o conceito de direitos subjetivos colocando-o sobre outras bases? Esse é o desafio a que se propõe Ronald Dworkin. E, de fato, o projeto de Dworkin é um de sutilmente criticado por De Giorgi.<sup>235</sup>

Para se compreender adequadamente a extensão da crítica feita por De Giorgi à utilidade contemporânea da idéia de direitos subjetivos, é preciso compreender os pressupostos sociológicos nos quais se baseia. A sociologia tradicional descreve a sociedade como um conjunto concreto de pessoas, reunidas por laços de descendência

---

<sup>234</sup> DE GIORGI, *op. cit.*, p. 130.

<sup>235</sup> DE GIORGI, *op. cit.*, p. 99.

ou simplesmente por critérios territoriais.<sup>236</sup> Cada sociedade específica teria como ambiente outras sociedades. Sendo o ser humano o componente primeiro da sociedade, que é nada mais que agrupamento de indivíduos, é natural que essa sociologia dedique especial atenção aos temas relacionados ao indivíduo e à sua subjetividade.<sup>237</sup> Já a teoria dos sistemas defendida por Luhmann e De Giorgi elabora uma sociologia que não inclui o ser humano individualizado. Isso parece estranho à primeira vista, mas quer dizer apenas que homem e sociedade são, ambos, sistemas autônomos. Para essa sociologia o ser humano é tomado não como elemento formador, parte natural, da sociedade, mas como um “sistema psíquico” funcionalmente diferente do sistema da sociedade. “O sistema social, enquanto sistema estruturado de ações relacionadas entre si através de sentidos, não inclui, mas exclui o homem concreto. O homem vive como um organismo comandado por um sistema psíquico (personalidade). As possibilidades estruturalmente permitidas para esse sistema psíquico-orgânico não são idênticas às da sociedade enquanto sistema social. Formulando de outra maneira: a relação de sentido que une as ações no sistema da sociedade é diferente da relação também de sentido, mas organicamente fundamentada, das ações reais e possíveis de um homem. (...) A legalidade das relações entre os homens não pode mais ser derivada da sua natureza e da sua condição de vida como parte da sociedade (naturalmente não se pretende aqui negar

---

<sup>236</sup> Um exemplo dessa concepção tradicional na sociologia, que descreve a sociedade a partir de coletividades humanas concretas que têm como ambiente outras coletividades concretas, pode ser obtido no estruturalismo de Claude Lévi-Strauss, para quem: “não há, não pode haver uma civilização mundial no sentido absoluto que geralmente se atribui ao termo, porque a civilização implica a coexistência de culturas oferecendo entre si o máximo de diversidade, e consiste mesmo nesta coexistência. A civilização mundial só poderia ser a coligação, em escala mundial, de culturas, preservando cada qual sua originalidade.” (LÉVIS-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural 2* – 4 ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 363).

<sup>237</sup> “Era exatamente por consistir de homens que ela [a sociedade] apresentava seu humanismo evidente e abrangente, e sua pretensão moral”. (LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 169)

que a sociedade seja uma necessidade vital para o homem, mas apenas negar que isso obrigue a pensá-lo como *parte* da sociedade)”.<sup>238</sup> Assim, o ambiente da sociedade não é formado por outras sociedades, mas outros sistemas estruturados sobre ações funcionalmente diferenciadas.<sup>239</sup> Dentre esses sistemas encontra-se o ser humano, isto é, assim como a sociedade atua como um ambiente para o homem, o homem também é ambiente em relação à sociedade. A interação dos sistemas entre si se dá sob a forma de *ruídos* absorvíveis e que não comprometem o isolamento de cada sistema. Logo, não é de surpreender que De Giorgi aponte a superação e a ausência de serventia do conceito de direitos subjetivos para o sistema do direito consolidado a partir do Estado Social.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> LUHMANN, *op. cit.*, vol. 1, p. 169-170 (itálicos no original).

<sup>239</sup> Sobre o conceito de sociedade ver: LUHMANN, Niklas. *A sociedade mundial como sistema social*. Lua Nova, nº 47 – São Paulo: CEDEC, 1999. E também: LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele *Teoria della Società* – 6 ed. – Milano: Franco Angeli, 1994.

<sup>240</sup> Sobre os direitos subjetivos na teoria dos sistemas, ver: LUHMANN, Niklas. “Sulla funzione dei “diritti soggettivi”. In: *La differenziazione del diritto* – Bologna: Il Mulino, 1990.

## 2.6 O CONTEÚDO INDETERMINADO DOS DIREITOS SUBJETIVOS

Pois bem, podemos chegar a duas conclusões até aqui:

a) Sob a perspectiva liberal clássica, focada na filosofia de uma consciência solipsista, os direitos subjetivos permanecem atrelados a conotações de direito natural, pois na medida em que o direito teria como conteúdo valores morais, a única forma de sustentar a existência dos direitos é recorrer à noção de valores inatos derivados da própria natureza humana. Os direitos tendem a ser reificados como coisa devida ao indivíduo. Porém, caberia ao indivíduo, através de seu talento e habilidade, disputar com os demais indivíduos seu próprio espaço de efetivação daqueles direitos inatos. Tal qual no modelo do mercado, a liberdade de cada indivíduo é uma limitação à liberdade dos demais, cabendo portanto a cada um conquistar e se apropriar de seus direitos, da mesma forma como se apropria de um bem ou riqueza econômica. Os direitos subjetivos são formais. A cada indivíduo cabe a responsabilidade por sua efetivação.

b) Sob a perspectiva comunitarista, ou socializante, a reificação do direito é radicalizada no projeto de promoção ou, mais ainda, concessão de direitos tal qual se dá no remanejamento e redistribuição de recursos econômicos. As crises econômicas provocadas pelo modelo liberal são atacadas por medidas de centralização estatal e esvaziamento do espaço para exercício da autonomia privada. Da mesma forma como o Estado arroga a si a responsabilidade por levar o desenvolvimento econômico às regiões e às classe sociais desfavorecidas pelo modelo individualista do mercado, o Estado também arroga a si a responsabilidade por *levar direitos* à população. A política de levar direitos acaba por se identificar com a prestação de serviços públicos a uma população hipossuficiente. Como os beneficiários desses serviços são admitidos como pessoas economicamente incapazes, redundam que são também juridicamente incapazes.

Na medida em que o Estado trata a cidadania como uma questão de distribuição de bens jurídicos feita a partir do Estado, a consequência lógica é que aquela concepção de direitos previamente pertencentes ao indivíduo por sua natureza humana perde significado. Afinal, se é o Estado quem concede os direitos e é através de sua atuação que o cidadão se emancipa, isso significa que antes de tal emancipação o indivíduo não é cidadão. E se não é cidadão é porque não possui direitos. Só o Estado tem a titularidade do direito, devendo alocá-lo de modo similar a uma política de desenvolvimento econômico. Sendo infantilizado em sua capacidade jurídica, o cidadão torna-se um cliente sistematicamente carente a demandar cada vez mais e mais do Estado provedor. Ele não se vê como participante do processo político nem muito menos como co-autor do direito, pois só o Estado produz o direito. O cidadão é seu cliente e consumidor, criatura infantil e insaciável a ser tutelada por uma vanguarda dirigente esclarecida. O aspecto estatal do direito, como se todo direito positivo se identificasse com direito legislado, sobrecarrega o legislativo com a demanda infinitamente crescente por leis especiais que concedam novos direitos a cada segmento social específico, sobrecarrega o executivo com as expectativas cada vez mais difíceis de serem atendidas e sobrecarrega o judiciário com a expectativa de tornarem-se efetivas todas as promessas legislativas.

Sob qualquer dessas perspectivas acima o direito se materializa numa determinada forma ideológica de conteúdo fixo e determinado. Cada uma dessas ideologias diz o que o direito inexoravelmente é, configurando-se como teorias *substantivas* do direito. Sob ambos pontos de vista o direito é sempre um conjunto de justificações para determinada forma assumida pelo Estado, uma justificativa para o discurso de poder predominante. “Exemplos históricos de tais ideologias do direito são



os modelos sociais do direito formal burguês e do direito materializado pelo Estado socialista, que se cristalizam, no primeiro caso, em torno dos direitos subjetivos do participante privado do mercado e, no segundo caso, em torno das pretensões a realizações sociais de clientes de funcionários de um Estado de beneficência social”.<sup>241</sup>

O desafio posto então é o seguinte: desfeitas as ilusões de um direito naturalizado, mesmo sob o modelo de um mercado ideal, depois de atingidos níveis de exploração do homem nunca antes registrados na história da humanidade, e desfeitas as ilusões de um Estado provedor depois da crise fiscal generalizada internacionalmente a partir dos anos setenta pela insuficiência e debilidade de um Estado cujas dimensões foram elevadas a um gigantismo insustentável pelos contribuintes, como sustentar a existência de direitos frente à frieza cruel do mercado e à força dominadora da política?

Como pode então Dworkin sustentar que a democracia exige que os direitos sejam levados a sério? É possível falar-se em direitos subjetivos fundamentais sem recorrer a imponderáveis argumentos de direito natural?

Dworkin sustenta que sim. Para isso ele formula uma teoria jurídica que apresenta o direito não como um sistema de regras concretas, mas como um sistema de princípios gerais e abstratos cujo significado normativo só pode ser extraído em cada circunstância específica de aplicação. A interpretação das normas jurídicas tem portanto um conteúdo aberto. Deste modo, o direito só ganha densidade normativa diante de um conflito no qual os envolvidos, incluindo eventualmente o judiciário, deverão definir qual será a conduta exigida por aqueles princípios. O conteúdo da norma é definido de acordo com as condições únicas e irrepetíveis do caso concreto. Mas para isso é preciso

---

<sup>241</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia*, volume 1, p. 275.

explicar como os princípios podem referir-se unicamente ao próprio direito sem a necessidade de remeterem-se a normas suprajurídicas.

A crítica de De Giorgi aponta no sentido de que a interpretação de Dworkin para os direitos individuais estaria sujeita às mesmas críticas apontadas ao conceito de direitos subjetivos pela teoria dos sistemas. Acreditamos que essa crítica seja infundada, pois insinua que Dworkin sustentaria a concepção tradicional dos direitos subjetivos. A teoria de Dworkin também nega a concepção tradicional dos direitos subjetivos como “propriedade do indivíduo”, isto é, sua teoria aponta no mesmo sentido da análise de De Giorgi acerca do esgotamento semântico daquele conceito *da forma compreendida pelo iluminismo*.

É certo que o uso de expressões pouco ortodoxas, como a concepção dos direitos individuais como *trunfos* contra barganhas políticas, e da figura do juiz Hércules<sup>242</sup> têm levado a muitas incompreensões acerca de sua teoria.<sup>243</sup> Também algumas diferenças entre a linguagem jurídica anglo-americana e a linguagem do direito continental, da

---

<sup>242</sup> Embora o nome escolhido pareça à primeira vista remeter a um ideal ético ligado à pessoa do juiz, acreditamos mais adequado interpretar o *juiz Hércules* apenas como uma ilustração que permite ao autor abstrair de questões de organização judiciária ou estratégias de convencimentos verificadas nos tribunais e se concentrar em sua discussão central acerca do problema da justiça na produção do direito. O nome Hércules não tem a ver com atributos ou virtudes daquele que julga, mas sim com a tarefa ou função de julgar. “Servimo-nos de Hércules para fazer uma abstração desses problemas de ordem prática, como deve fazer qualquer análise bem fundada, para assim podermos ver quais soluções de compromisso os juízes reais consideram necessárias enquanto compromissos com o direito” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito* – São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 455).

<sup>243</sup> Por exemplo, veja-se a crítica de Ingborg Maus, que entende o juiz Hércules indicaria que Dworkin estaria “assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação” e que se poderia fazer “do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social o fator decisivo da interpretação judicial” (MAUS, Ingborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”*. In *Novos Estudos CEBRAP* n.º 58, novembro de 2000, p. 186).

qual o Brasil é herdeiro, podem provocar certas dúvidas para o leitor brasileiro.<sup>244</sup> Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, posto que defenda a perspectiva interpretativa adotada por Dworkin, ao lembrar uma crítica feita por Habermas, pondera que “a argumentação dworkiana é *oscilante*, o que abre flancos para esse e outros tipos de crítica”.<sup>245</sup>

Diferente do que não raro se afirma, a teoria de Dworkin não requer o recurso a julgamentos morais ou qualquer outro justificação do direito a partir de critérios extra-jurídicos. Pelo contrário, Dworkin rejeita expressamente tal concepção. Isso pode ser confirmado pela crítica incisiva de Dworkin ao positivismo de Herbert Hart, para quem o direito deveria passar por uma regra de reconhecimento, que seria uma “regra-mestra fundamental” através da qual se definiria o que é o direito, filtrando quais normas seriam jurídicas ou não.<sup>246</sup> Uma das críticas de Dworkin a esse método é justamente o fato de que ele necessita de bases extrajurídicas para a legitimação do direito. A teoria positivista inadvertidamente redundante em decisionismo porque subordina a racionalidade jurídica à história e à cultura em que o aplicador do direito está inserido. Mas diante de *casos difíceis* nos quais não seja possível resgatar na história uma decisão normativa anterior, ou seja, quando os usos e interpretações do direito então vigente não forem suficientes para se estabelecer uma decisão que produza a justiça no caso concreto, a única solução seria recorrer-se ao arbítrio do juiz. Nesses casos se corre inevitavelmente

---

<sup>244</sup> Especificamente sobre a questão da identificação entre direito e moral, a expressão em inglês *moral rights* usada frequentemente com o sentido que seria melhor traduzido para a linguagem jurídica brasileira como direitos fundamentais, é traduzida pela imprecisa expressão *direitos morais*, o que pode eventualmente confundir o leitor.

<sup>245</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação e Garantia Processual Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos n° 88, dezembro de 2003 – Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, pp. 116.

<sup>246</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* – São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 42.

o risco de submeter o direito às preferências axiológicas e valores morais do juiz, comprometendo a integridade e coerência do ordenamento.

A tese positivista determina uma preferência pela segurança jurídica sobre a correção normativa da decisão. De acordo com Habermas, no positivismo “a legitimação da ordem jurídica em sua totalidade é transportada para o início, isto é, para uma regra fundamental ou regra do conhecimento, a qual legitima tudo, sem ser, porém, passível de uma justificação racional; ela tem que ser assimilada faticamente como parte de uma forma de vida histórica, portanto conforme o costume”<sup>247</sup>

A crítica de Dworkin à regra de reconhecimento de Hart também poderia ser estendida à *norma fundamental* de Kelsen na medida em que este, assim como Hart, se esforça para encontrar um critério legitimador do direito sob formas que escapam ao controle do próprio direito, prejudicando assim a pureza jurídica que pretende defender. Dworkin afirma expressamente que “qualquer teoria baseada em direitos deve presumir direitos que não sejam simplesmente produto de uma legislação deliberada, ou de um costume social explícito, mas que sejam bases independentes para se julgar a legislação e o costume”.<sup>248</sup> Pretende assim construir uma teoria do direito baseada exclusivamente no próprio direito. Sob essa perspectiva, o projeto de Dworkin tem por objetivo justamente defender o caráter positivo do direito, isto é, a autonomia do direito em relação a quaisquer outros fundamentos, inclusive a moral, ou, para dizer na terminologia da teoria de Luhmann, que o direito pode ser descrito como um sistema social completamente diferenciado.

No entanto, por vezes o emprego de certas expressões, ou, como já se lembrou, a utilização de recursos literários e de figuras meramente ilustrativas como o *juiz*

---

<sup>247</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia*, volume 1, p. 251.

<sup>248</sup> DWORKIN, *O império do direito*, p. 274.

*Hércules*, provoca certa dubiedade ou mesmo confusão. Sem falar é claro em questões mais elementares, como a diferença entre a linguagem política e jurídica, proveniente da tradição anglo-americana, utilizada por Dworkin, da linguagem política predominante na Europa continental e em países que, como o Brasil, são herdeiros dessa tradição. Por exemplo, Dworkin por vezes usa o termo *direitos naturais*, o que às vezes justifica certas incompreensões, embora utilize a expressão num sentido absolutamente distinto do jusnaturalismo e tente se resguardar contra uma compreensão inadequada de sua teoria.<sup>249</sup>

Mas sua própria obra trata de esclarecer o sentido no qual usa tais expressões e, mais que isso, afirma expressamente que os direitos subjetivos não podem ser assumidos como dados fáticos ou prestações concretas. De acordo com Dworkin os direitos são princípios abstratos que só podem ser aplicados em cada caso concreto a partir das situações únicas e irrepetíveis nele verificados. Os direitos não são *coisas*, nem *atributos* do indivíduo nem muito menos de nenhuma coletividade concreta. E portanto não podem ser concebidos nem como patrimônio nem como prestações ou serviços determinados devidos a quem quer que seja. Por isso não se pode defender que “temos um direito a alguma coisa chamada liberdade enquanto tal. Essa idéia geral [de que teríamos o direito a uma forma ontológica de liberdade], porém, é insustentável e incoerente; não existe essa tal coisa chamada de direito geral à liberdade”.<sup>250</sup>

---

<sup>249</sup> “Deve haver uma teoria baseada em conceitos de direitos que são *naturais*, no sentido de que não são produtos de nenhuma legislação, convenção ou contrato hipotético. Tenho evitado essa expressão porque ela tem, para muitas pessoas, associações metafísicas que a desqualificam. Pensam que direitos naturais são atributos espectrais que o homem primitivo usava como amuletos, e que introduziram na civilização para afastar a tirania” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 273).

<sup>250</sup> DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 427.

A crítica de De Giorgi pode ser afastada quando se percebe que Dworkin não compreende os direitos subjetivos segundo a concepção tradicional firmada a partir da Modernidade, afirmando que “parece-me absurdo supor que homens e mulheres tenham qualquer direito geral à liberdade, pelo menos do modo como a liberdade tem sido tradicionalmente concebida por seus defensores”.<sup>251</sup>

Dworkin dirige a mesma crítica àqueles que concebem os direitos de forma reificada, como se fossem fatos prévios ao próprio processo de argumentação jurídica que se dá na aplicação do direito aos casos concretos, abertamente criticando aqueles que “supõem que os direitos, se é que de fato eles existem, fazem parte daquele tipo fantasmagórico de coisas que homens e mulheres têm, da mesma forma que têm coisas não fantasmagóricas como as amígdalas. Mas o sentido de direitos que proponho utilizar não pressupõe hipóteses ontológicas dessa natureza: ele mostra simplesmente que a reivindicação de um direito é, no sentido restrito, um tipo de juízo sobre o que é certo ou errado que os governos façam”.<sup>252</sup>

Dworkin concebe sua teoria do direito como interpretação, similar à literatura.<sup>253</sup> Tal como numa interpretação literária é preciso que a interpretação jurídica seja coerente com seus próprios argumentos e com a reconstrução que pretende fazer da realidade a ser interpretada. Essa coerência interna do direito é denominada *integridade*.<sup>254</sup> Mais uma vez, o termo utilizado costuma gerar certas polêmicas, pois a palavra integridade utilizada em expressões como “integridade na política” ou “integridade no direito” pode transparecer que se está a referir a posturas éticas diante

---

<sup>251</sup> DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 411.

<sup>252</sup> DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 218.

<sup>253</sup> Sobre a analogia entre direito e literatura ver: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio* – São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217 *et seq.*

<sup>254</sup> DWORKIN, *O império do direito*, p. 213 *et seq.*

de dilemas morais. E, de fato, na linguagem corrente é essa acepção pela qual o termo é tomado. Mas não é esse o significado da integridade a que se refere Dworkin. A perspectiva do direito como integridade tem a ver com a compreensão do direito de uma forma coerente consigo mesma. A crítica de Dworkin se dirige principalmente a duas posições antagônicas, uma das quais submete o direito à moral, e a outra o submete à política. Para uma o direito se resumiria às hipóteses em que se pode exigir de forma heterônoma o cumprimento de um valor moral. Para a outra os direitos subjetivos nem sequer existiriam, pois o ordenamento jurídico seria resultado exclusivamente de decisões políticas determinadas por interesses e parcialidade ideológica.

A primeira delas interpreta o direito como um caso especial da moral, isto é, o direito teria um conteúdo determinado consistente em valores morais. Um dos mais destacados defensores dessa posição na atualidade é Robert Alexy, que identifica direitos e valores morais<sup>255</sup> e para quem os direitos fundamentais consistiriam numa escala concreta de valores morais.<sup>256</sup> O que distinguiria o direito da moral seria apenas o aspecto coercitivo do primeiro. Enquanto a moral trataria de comandos internos ao próprio sujeito e que só ele pode se impor, o direito trataria daqueles comandos aos quais se pode exigir obediência de forma coercitiva, ou seja, o direito tem o mesmo conteúdo da moral, mas se distinguiria desta pela sua característica heterônoma.

---

<sup>255</sup> “Princípios [jurídicos] e valores são portanto o mesmo, contemplando-se um caso sob um aspecto deontológico, e em outro caso sob um aspecto axiológico” (ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica* – México: Distribuciones Fontamara, 1993, p. 16).

<sup>256</sup> “Parece que é possível que a teoria dos direitos fundamentais consista numa lista de direitos fundamentais abstratos que podem ser tomados em consideração” (ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica* – México: Distribuciones Fontamara, 1993, p. 29). Confirma-se também: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad.: Ernesto Garzón Valdéz – Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

A segunda posição, ao contrário, nega que o direito tenha qualquer conteúdo moral, pois seria apenas a imposição de decisões políticas. Mais uma vez o caráter coercitivo do direito é tomado como distinção. Mas de acordo com essa segunda posição, o direito se prestaria não para se exigir obediência a valores ou convenções morais, mas sim para se exigir obediência a programas políticos determinados pela autoridade competente. O direito ficaria assim adstrito a uma forma de *decisionismo*. Não caberia ao juiz descobrir o conteúdo moral pré-determinado do direito, mas sim inventar o direito, adotando a postura pragmática de adequação de meios a fins. Sob tal perspectiva não haveria sentido buscar princípios orientadores da decisão, pois o direito seria produto da discricionariedade estatal e do planejamento administrativo que privilegiaria ora certas políticas ora outras, conforme os objetivos fixados pela burocracia, isto é, conforme a conveniência política de se atender demandas sociais selecionadas.

Contra ambas posições Dworkin assevera que:

o direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.<sup>257</sup>

---

<sup>257</sup> DWORKIN, *O Império do Direito*, p. 271.



Essa última passagem revela um paradoxo. Os juízes, ao interpretar a norma e aplicá-la ao caso concreto, de fato estão vinculados a seus pressupostos fáticos e jurídicos. Como se sabe, qualquer sentença judicial deve ser obrigatoriamente fundamentada. E ao fundamentar a sentença o juiz tenta descobrir em meio a todo ordenamento qual seria a legislação ou precedente judicial cabível ao caso. Nesse sentido, poderia se afirmar que ao julgar os juízes descobrem o direito, resgatando no passado a norma adequada à lide. Todavia, é forçoso reconhecer que ao tentar descobrir no ordenamento qual a norma aplicável, os juízes reconstroem a história das leis ou precedentes que se pretendem aplicáveis, bem como do próprio conflito social levado a juízo.

Tanto a lei como o conflito concreto entre as partes são pois relidos e recontextualizados, pois a juridicidade das mesmas práticas sociais pode mudar ao longo do tempo, tornando-se lícitas ou ilícitas de acordo com o curso do desenvolvimento social, de tal sorte que a legislação e os próprios conflitos sociais ganham novos significados ao longo do tempo. Ao julgar lícita ou ilícita certa conduta, ao reconhecer ou negar qualquer pretensão levada a juízo, os juízes atribuem sentido ao direito. E esse sentido pode variar, e certamente varia, ao longo da história. Nesse aspecto, parece que os juízes desvinculam-se de qualquer convencionalismo ou *significado original* da lei, inventando novos significados para o direito. A decisão judicial teria o condão de criar o direito, porém isso não se dá de forma aleatória e desvinculada da história jurídica de cada sociedade. O paradoxo consiste no fato de que a aplicação do direito se presta simultaneamente a garantir a permanência como a mudança de seu significado. Ao reconstruir a história do caso na sentença, o juiz pode imprimir sua interpretação pessoal. Porém, isso só é lingüisticamente possível a partir de textos e fatos sociais que

já têm significado social. Toda decisão é uma forma de comunicação. Tanto a lei como a sentença se pretendem comandos impositivos de conduta. Logo, por definição, pretendem comunicar uma ordem a alguém. Ainda que o juiz, ou mesmo o legislador, arvore-se na pretensão de um *decisionismo* absoluto, a decisão só é possível porque se vale de palavras, leis, precedentes ou práticas sociais que já possuem algum significado, isto é, sua decisão, mesmo que inovadora, manterá algum vínculo, no mínimo semântico, com horizontes de sentido pré-existentes.

Isso é mais evidente no processo judicial, pois neles se exige que as decisões sejam fundamentadas. Entretanto, é possível afirmar o mesmo do processo legislativo. Embora este seja certamente mais livre da vinculação a precedentes históricos, também exige exposições de motivos e convencimento, ainda que estratégico e instrumental, dentre os próprios legisladores. Embora num procedimento decisório radicalmente diverso, o legislador, tal como o juiz, só pode criar a lei se valendo de textos e contextos pré-existentes. Mesmo que o texto seja usado explicitamente em sentido totalmente diverso do que o direito até então admitia, a inovação de sentido só é possível se guarda algum lastro com significados compreensíveis pela sociedade. O legislador só pode criar o direito tomando fatos e textos da própria vida social. Ainda quando lhes imprime novos sentidos, esses textos e esses fatos, ao assumirem a forma pública da lei, são *devolvidos* à sociedade, destinatária dos comandos normativos. Do mesmo modo que ocorre na literatura, na qual o leitor interpreta o texto a partir de suas pré-compreensões, de sua experiência e de sua história de vida, todos os atingidos pela lei também interpretam a lei a partir de suas pré-compreensões, experiências e histórias de vida. Assim, ao pretender agir conforme o direito, o cidadão é forçado a decidir qual a conduta lícita. Para isso precisa atribuir sentido e significado àquela lei inovadora. E,

evidentemente, só poderá fazê-lo levando em conta, para usar uma já citada expressão de Luhmann, “projeções normativas pré-existentes”.<sup>258</sup>

Isso não é nada distante da rotina judiciária. Tome-se, a título de ilustração, o exemplo do direito brasileiro acerca da guarda de filhos incapazes em casos de divórcio. O Código Civil de 1916, embora à época de sua promulgação não reconhecesse o divórcio, previa que em casos de separação os filhos deveriam ficar preferencialmente com a mãe. Essa lei tinha por pressuposto uma sociedade patriarcal estruturada a partir de uma divisão bem clara de papéis sociais entre os sexos. A preferência pela mãe decorreria de uma aptidão ou vocação inatas para o cuidado da prole.

Ao longo de quase um século de vigência do Código Civil de 1916 houve inúmeras e significativas mudanças na estrutura da família e nos significados da paternidade e da maternidade. Os juízes foram forçados a verificar qual dos pais teria condições emocionais e econômicas mais adequadas para permanecer com a guarda dos filhos. O significado da preferência pela mãe perdeu seu significado de preferência natural, consequência de dons naturais típicos da mulher. Ainda que na maioria dos casos a guarda fosse dada mãe, mudou-se a perspectiva da sociedade e do julgador diante dos papéis sociais de pai e mãe. Cada caso de separação punha em debate essa mesma questão e forçava com que a guarda fosse estabelecida não por critérios *a priori*, permitindo que ambos os pais tentassem se conciliar e firmar um acordo a respeito da guarda.

Embora o Código Civil de 1916 determinasse que a guarda dos filhos deveria ficar com apenas um dos pais, inúmeros casais separados vinham na prática não só entrando em acordo sobre a questão da guarda de seus filhos, mas até mesmo

---

<sup>258</sup> LUHMANN, N. *Sociologia do direito*, volume 2, p. 9.

compartilhando-a de fato. Pois ao se permitir o contato do filho com o ex-cônjuge que não possuía a guarda, independentemente de horários ou dias fixos, e dividindo entre si certas responsabilidades mesmo residindo em domicílios diferentes, os pais estavam nada menos que compartilhando entre si as funções típicas da guarda legal dos incapazes. Na medida em que tais práticas passaram a se revelar psicologicamente adequadas e pedagogicamente recomendáveis, o direito não podia tomá-las por ilícitas. Ao longo do tempo passaram a chegar ao judiciário diversos casos envolvendo menores cujos pais, embora separados, compartilhavam de fato sua a guarda, obrigando os juízes a considerar as especificidades dos casos concretos. Mesmo quando havia sentenças transitadas em julgado determinando a guarda a um só dos pais, o juiz não podia ignorar os vínculos emocionais e hábitos específicos daquela família. Ao fazer isso o juiz reconhecia a juridicidade da prática daquele compartilhamento fático, isto é, estava a reconhecer que aquela prática social já pertencia ao direito.

Não é errado afirmar que os juízes, de certo modo, estavam *inventando* uma nova interpretação para o direito. Porém, eles simultaneamente estavam *descobrendo* um direito já contido, mesmo que implicitamente, no texto da lei, pois não havia nada no Código Civil de 1916 que impedisse aquela leitura.

Quando em 2002 o novo Código Civil foi promulgado, a alteração da lei nesse ponto, prevendo que a guarda dos filhos pode ser livremente acordada entre as partes, o legislador não fez mais que optar por uma *projeção normativa* já admitida pelo direito, pois essa prática já vinha sendo admitida como parte do direito.

E é isso que Dworkin quer dizer quando afirma que a decisão judicial tanto descobre como inventa o direito sem fazer nenhuma das duas coisas. Seu argumento é o de que a aplicação do direito se remete tanto ao passado quanto ao futuro porque é feita

a partir de normas já presentes no direito positivo, mas simultaneamente lhes atribuindo novos significados quando isso é exigido pelo caso concreto de aplicação.

Isso tem a ver com a já discutida questão de que a positivação do direito precede a legislação. Debates como o do exemplo dado acima servem para demonstrar que “muitas das nossas mais antigas regras jurídicas nunca foram explicitamente criadas por um poder legislativo ou por um tribunal. Quando elas apareceram pela primeira vez em argumentações legais e textos jurídicos, foram tratadas como já pertencentes ao direito”.<sup>259</sup> Mas isso nem de longe significa que se estaria a defender que haveria direitos subjetivos reificados tal como concebia o liberalismo clássico. Ao se afirmar que tanto o processo judicial quanto o processo legislativo não criam o direito do nada, se está a afirmar, sob outros pressupostos, exatamente o mesmo que afirma a teoria da diferenciação da sociedade acerca do caráter positivo do direito moderno.

O estudo do direito como fato social é também desenvolvido pelo projeto *O Direito Achado na Rua*, coordenado pelo professor José Geraldo de Souza Júnior, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.<sup>260</sup> Sua pesquisa destina-se a investigar as formas de produção do direito pela sociedade e como essa normatividade influencia e é influenciada pelo fluxo comunicativo com as instituições oficiais de produção jurídica.

Muito freqüentemente esse projeto é confundido com o movimento do *Direito Alternativo*, surgido por volta da década de setenta e que teve significativa divulgação

---

<sup>259</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. 67.

<sup>260</sup> SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao direito – Série O direito achado na rua.. Volume I*. Brasília, UnB. 1993. SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; AGUIAR, Roberto A. R. de. (orgs.). *Introdução crítica ao direito do trabalho – Série O direito achado na rua. Volume II*. Brasília, UnB. 1993.

nos anos oitenta, antes de se promulgar a atual Constituição. O Direito Alternativo representou uma resistência à corrente autoritária que predominou na América Latina a partir dos anos sessenta. Acreditava-se que no contexto de uma ditadura, quando em geral são oficialmente suspensas garantias fundamentais e restringido o uso de recursos judiciais para defesa do cidadão, como o *habeas corpus*, o direito seria transformado em instrumento de opressão e por isso seria preciso encontrar um *direito não oficial, alternativo* ao ordenamento estatal, que pudesse fazer frente às leis e regulamentos de viés autoritário expedidos pelos poderes constituídos. Mas com a redemocratização do país, esse movimento perdeu força e foi desarticulado, vez que suas críticas perderam sentido face ao reconhecimento oficial dos princípios democráticos.

Já o movimento d'*O Direito Achado na Rua* não pressupõe uma dupla normatividade jurídica nem exige uma contraposição do direito oficial a qualquer pretensão direito não-oficial, pois o que se estuda é justamente aquele fenômeno sociológico de produção do direito, em sua integridade, a partir de decisões contingentes, isto é, não se nega o fenômeno da positividade, apenas recoloca-se a discussão de modo a demonstrar que a positividade não é monopólio do processo legislativo, pois em qualquer contexto social partes em conflito podem recorrer a formas tipicamente jurídicas de argumentação ao decidir acerca de seus direitos, ao se valer, por exemplo, de acordos ou arbitragens. As decisões resultantes desse fenômeno tanto influenciam como são influenciadas pelo discurso oficial produzido no legislativo, nos tribunais e nas faculdades. Portanto não se trata de procurar uma normatividade *alternativa*, mas sim de se reconhecer que casos de composição e acordos jurídicos, bem como conflitos jurídicos, ocorrem a todo momento e em todo lugar, e não só dentro dos tribunais. Esses casos não estão fora do direito positivo. Pelo contrário, eles

integram o ordenamento positivo, na medida em que as projeções normativas selecionadas em qualquer processo decisório fundado na argumentação se prestam à mesma função de estabilização de expectativas sociais que caracteriza o direito positivo. Assim, ainda que sob outros pressupostos teóricos, o chamado *Direito Achado na Rua* corrobora a tese de que o direito é um fenômeno de interpretação coletiva e compartilhada por toda a sociedade.<sup>261</sup>

Ao tomar o direito como interpretação, assume-se uma postura reflexiva acerca do direito, no qual a norma fixada no passado deve ser lida para se regular um dilema presente. A re-contextualização da norma exige a atualização da leitura e garante assim sua contínua abertura para o futuro. Assim como o significado de qualquer palavra só é extraído a partir da frase ou contexto em que é aplicada, o significado da norma jurídica só é estabelecido em função do contexto na qual é utilizada. Interpretar o direito significa aplicá-lo a uma situação concreta de conflito. Interpretação e aplicação do direito são portanto o mesmo. Logo, não se pode falar que existiriam direitos subjetivos *a priori*, pois nenhuma norma pode ser aplicada em abstrato, *a priori* a qualquer contexto. Tal perspectiva se afasta pois de qualquer pretensão de se estabelecer direitos como fatos ou coisas existentes em si mesmas. Por isso é possível afirmar, com Dworkin, que não existe a “liberdade enquanto tal” e que “não existe essa tal coisa chamada de direito geral à liberdade”, de modo que a teoria da integridade escapa a qualquer esquema que pretenda submeter os direitos a critérios de justificação extrajurídicos, pois não admite a idéia iluminista de que os direitos fundamentais à

---

<sup>261</sup> Sobre a aproximação entre o movimento do *Direito Achado na Rua* e a teoria discursiva do direito ver: COSTA, Alexandre Bernardino. *Desafios da teoria do poder constituinte no estado democrático de direito*. Tese (doutorado em direito constitucional). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2005.

liberdade e à igualdade seriam entidades reificadas ou frutos decorrentes do caráter racional da humanidade, nem que os indivíduos possuiriam tais direitos de maneira inata e absoluta.

Quando Dworkin sustenta que os direitos devem ser levados a sério, não está a sustentar a manutenção de conceitos jusnaturalistas de direitos como coisas, mas sim que o direito é algo distinto da política e da moral e que exatamente por lhes ser distinto permite inclusive ser usado para que a sociedade possa se contrapor ao decisionismo político e também para resistir ao risco de que os valores morais de certos grupos sejam impostos a todos de maneira forçada. O direito só pode ser concebido como um trunfo contra barganhas políticas ou contra a imposição de valores morais heterônomos porque é algo diferente tanto da política quanto da moral (ainda que uma norma jurídica, face a seu caráter indeterminado, possa ter tanto um conteúdo moral quanto um conteúdo político), de modo que a essa teoria não nega, pelo contrário confirma, a diferenciação funcional do sistema do direito. Os direitos são trunfos porque podem ser usados para se exigir que as decisões públicas mantenham coerência com a história institucional da sociedade. Nesse sentido são trunfos para a conservação de um certo sentido interpretativo. Porém, toda vez que se está diante de circunstâncias novas, não previstas pela legislação ou não observadas em decisões anteriores, exigir coerência com os princípios gerais de liberdade e igualdade requer que se determine qual a conduta que irá melhor garantir efetividade àqueles princípios. Nesse sentido são trunfos inovadores, que podem ser usados para se exigir tratamento especial para circunstâncias especiais. Os direitos subjetivos não apenas garantem a diferenciação entre o sistema dos direitos e os sistemas da política e da moral. Eles são parâmetros de reflexão acerca da justiça de nossas políticas públicas e de nossos padrões morais, pois “qualquer teoria baseada em



direitos deve presumir direitos que não sejam simplesmente produto de uma legislação deliberada, ou de um costume social explícito, mas que sejam bases independentes para se julgar a legislação e o costume”.<sup>262</sup>

Portanto nos parece um equívoco entender que Dworkin conceberia os direitos subjetivos da forma tradicional como foram formulados no início da Idade Moderna. A crítica de De Giorgi se aplica àqueles herdeiros contemporâneos do liberalismo clássico que, tal como os iluministas, encaram o direito como uma questão de fato, acreditando que os princípios de liberdade e igualdade são dotados de alguma materialidade que lhes garante validade absoluta independentemente da época e do lugar. Não é esse o entendimento que Dworkin faz dos princípios jurídicos, pois ele postula textualmente que “um princípio como “nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular”.<sup>263</sup>

Os princípios jurídicos dirigem pois o argumento, mas não permitem antecipar os resultados de qualquer conflito futuro. Nenhum princípio, assim como nenhuma lei, regula todas suas condições de aplicação. Isso pelo simples fato de que é impossível a qualquer cidadão, qualquer legislador ou qualquer juiz antecipar todas os casos em que um princípio ou uma lei possam vir a ser aplicados. Afirmar que *ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza*, ou que *todos somos iguais perante a lei*, ou ainda que *todos devemos ser livres*, sem dúvida são princípios de validade geral. Porém, sua validade geral é resultado justamente de sua abstração. E abstração significa necessariamente certo grau de indeterminação. Os direitos e obrigações subjetivas que

---

<sup>262</sup> DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 274.

<sup>263</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. 41 (destaque nosso).

adivirão desses princípios só podem ser definidos em “uma decisão particular” acerca de um conflito jurídico concreto. Logo, ninguém pode afirmar que tem um *direito geral à liberdade enquanto tal*, pois a liberdade concreta de cada indivíduo em particular só é definida em função dos fatos jurídicos vivenciados numa dada circunstância de aplicação. Por exemplo, todos são livres, mas aquele que comete crime pode ser punido com a restrição de sua liberdade. O fato do direito admitir que alguém seja preso não afeta a validade universal do princípio segundo o qual todos devemos ser livres. Embora o direito admita a validade universal do princípio de que todos somos livres, o direito também admite, por exemplo, que a lei municipal estabeleça multas para empresas ou residências que lançarem seus esgotos urbanos num determinado rio. No mesmo município, contudo, a lei poderá eximir de qualquer multa pequenas residências rurais cujo esgoto também seja lançado no mesmo rio, mas cuja quantidade seja desprezível em termos de impacto ambiental. Nem por isso os residentes na área urbana teriam nesse caso esse mesmo direito de lançar seus esgotos diretamente no rio alegando que isso seria uma decorrência de seu direito geral à liberdade e à igualdade perante a lei. Qualquer lei, por mais legítima que seja, restringe minha liberdade. Mesmo a lei que proíbe o homicídio é uma radical interferência na liberdade individual.<sup>264</sup> No entanto, a

---

<sup>264</sup> “No mais famoso ensaio moderno sobre a liberdade, Isaiah Berlin colocou a questão deste modo: “No sentido que utilizo o termo, a liberdade implica não simplesmente a ausência de frustração, mas também a ausência de obstáculos às escolhas e atividades possíveis – ausência de obstrução nos caminhos que um homem pode decidir trilhar”. Esta concepção da liberdade como licença é neutra quanto às diferentes atividades que um homem pode buscar realizar, os diferentes caminhos que pode querer trilhar. A liberdade de um homem diminui quando o impedimos de falar ou fazer amor como deseja, mas também diminui quando o impedimos de assassinar ou difamar outras pessoas. Estas últimas restrições podem ser justificáveis, mas somente por serem compromissos necessários à proteção da liberdade ou da segurança dos outros, mas não por não infringirem, em si mesmas, o valor independente da liberdade. **Bentham afirmou que qualquer lei é uma “infração” contra a liberdade e que, embora algumas dessas**

existência de leis que limitam nossa liberdade de ir e vir, de contratar, de exercer uma profissão, de casar, ou de qualquer outra coisa, não invalida a correção abstrata do princípio segundo o qual todos devemos ser livres. Por sua vez, da validade de princípios jurídicos universais não se deduzem imediatamente quaisquer direitos subjetivos devidos ao indivíduo. Somente depois de “uma decisão particular”, relativa a um caso concreto de aplicação do direito, e levando em conta as circunstâncias específicas do caso, é que se extrai o conteúdo da norma.

Dworkin concebe os direitos subjetivos como *trunfos* que os indivíduos podem usar no debate político. Porém, tais trunfos não significam dados *a priori* ao debate político. Esses direitos individuais não são coisas pré-estabelecidas que restringem o debate ou, na expressão já citada, amuletos contra a tirania, mas sim argumentos tomados a partir de decisões anteriores que devem ser consideradas e renovadas no próprio debate político. Os direitos individuais não são assim entes naturalizados, com existência própria e absoluta, independente de qualquer contexto. São frutos de decisões políticas determinadas em função de circunstâncias particulares. Eles não têm o condão imediato de evitar o abuso de poder ou a tirania. Mas, na medida em que expressam etapas de nossa própria história política que é reconstituída a cada nova decisão, podem ser recuperados como argumentos de convencimento ou, talvez, como uma projeção normativa da própria comunidade política. A nova decisão certamente não está cingida às decisões do passado, mas para se legitimar deve demonstrar-se congruente com a história institucional daquela comunidade concreta e apresentar-se como uma opção adequada ao significado que essa comunidade atribui à sua Constituição.

---

**infrações possam ser necessárias, é obscurantismo fingir que elas não constituem uma infração”**  
(DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. 411-412).

Dworkin retoma o conceito de direitos individuais fundamentais, mas sob pressupostos bem distintos dos autores iluministas que acreditam que há direitos *a priori* e de significado invariável em qualquer contexto. Autores como Kant, por exemplo, acreditam que o direito à liberdade é algo absoluto. Porém, para *domesticar* a liberdade, para garantir que os indivíduos não façam *mal uso* de sua liberdade e lhes seja imposta uma conduta certa e pré-determinada, submete-se esse direito ao imperativo categórico moral interior ao sujeito. Tenta-se eliminar os riscos da liberdade delimitando o próprio conceito de liberdade, definindo que só é livre a ação realizada conforme a moral, de tal sorte que o indivíduo livre estaria submetido somente a si próprio. Mas a mesma Modernidade que libertou o indivíduo das amarras da sociedade estratificada também pôs a nu a ausência de fundamentos da política e do poder e nos provou que não há direitos naturais que nos sirvam de amuleto contra a possibilidade de abusos da política. Foi a própria Modernidade que nos ensinou que não é possível garantir os direitos fundamentais através de nenhum tipo de virtude política. Pelo contrário, foram justamente alguns dos homens considerados por seus contemporâneos os mais íntegros, virtuosos e que destinaram todas suas vidas ao interesse da coletividade – como, por exemplo, Robespierre, Saint-Just, Lênin e Mao Tsé-Tung – que, ao alcançarem o poder, foram responsáveis por algumas das piores experiências de terror e totalitarismo registradas na história.

Diferente dos iluministas, e do neoliberalismo contemporâneo, o liberalismo de Dworkin não toma os direitos subjetivos nem como exigências morais nem como fatos naturais. São princípios de validade abstrata que, por conduzirem o argumento numa determinada direção, podem ser usados como mecanismo de pressão no debate político. Dworkin estabelece uma distinção entre “as estratégias coletivas gerais que um governo

usa para assegurar o interesse geral enquanto questão de política e os direitos individuais que reconhece, *enquanto questão de princípio*, como trunfos sobre essas estratégias coletivas”.<sup>265</sup> Os direitos subjetivos são questões de princípio porque não podem ser estabelecidos antes do caso de aplicação. São argumentos válidos invocados no discurso de deliberação, mas deles não decorrem imediatamente deveres e obrigações. Estes só surgirão após cada decisão particular. Para a concepção tradicional de direitos subjetivos, estes seriam fatos que condicionariam antecipadamente a decisão. A grande esperança do racionalismo iluminista era a de que o conteúdo da decisão poderia ser antecipado de forma abstrata. A natureza substantiva, ontológica, dos direitos fundamentais resguardaria a sociedade contra os riscos da política. Já para Dworkin, o direito não é capaz de eliminar esses riscos. Contudo, uma vez que os princípios jurídicos são enunciados deontológicos, isto é, estabelecem um dever-ser, eles podem ser contrapostos a decisões políticas estabelecidas com o objetivo de atingir finalidades determinadas em cada diferente contexto. Os princípios do direito, na medida em que são projeções sobre aquilo que é obrigatoriamente devido, podem ser “trunfos capazes de *influenciar* essas decisões políticas”.<sup>266</sup> Contudo, por serem princípios indeterminados que só ganham densidade normativa no caso concreto de aplicação, não são capazes de antecipar o conteúdo específico de cada decisão, pois são “direitos que o governo *é* obrigado a respeitar caso por caso”.<sup>267</sup> Ou seja, esses trunfos não são dados pré-interpretativos, mas parte do problema interpretativo.

Quando Dworkin afirma que “podemos dizer que a justiça enquanto equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à

---

<sup>265</sup> DWORKIN, R. *O império do direito*, p. 455 (itálico nosso).

<sup>266</sup> DWORKIN, R. *O império do direito*, p. 269 (itálico nosso).

<sup>267</sup> DWORKIN, R. *O império do direito*, p. 269, (grifo nosso).

igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude de seu nascimento, seus méritos, suas características e excelências, mas simplesmente enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça”,<sup>268</sup> não podemos presumir que estaria se referindo a nenhum retorno ao jusnaturalismo. Não se tratam de direitos inatos, mas de direitos que surgem das decisões positivadas por uma comunidade jurídica concreta, quando esta é forçada a se lançar ao desafio de tentar resolver de forma justa os conflitos e dilemas advindos dos projetos e expectativas que cada indivíduo lança diante de si e perante os outros.

A interpretação do direito feita pelo juiz é importante por um aspecto funcional. Afinal ela é vinculativa e impositiva. As decisões predominantes na jurisprudência repercutem nos contratos privados, na forma e conteúdo dos atos administrativos, no sucesso ou fracasso das políticas públicas e principalmente na definição do significado da própria lei. Porém, a interpretação judiciária não é exclusiva. Embora a atividade do juiz pareça solitária, ela se remete a um saber compartilhado por toda sociedade, que participa ativamente da tarefa de se saber o que os princípios jurídicos determinam em cada caso concreto em que devem ser aplicados. Dworkin explicitamente refuta a idéia de que os juízes, na expressão de Ingborg Maus, teriam uma superior capacidade de argumentação.<sup>269</sup> O que se reconhece é o fato simples, porém relevante, de que na

---

<sup>268</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. 281.

<sup>269</sup> “Não acredito que todos os juízes, nem mesmo a maioria deles, tenham dedicado seu tempo à filosofia moral abstrata, nem que tenham optado por alguma teoria explícita dos direitos, alguns mantendo exemplares de Kant sob suas togas enquanto outros sob elas ocultam obras de Bentham ou de Telhard de Chadin. Suponho apenas eu que os juízes tenham, diante da idéia dos direitos, um conjunto de atitudes que não são necessariamente articuladas, nem mesmo coerentes, às quais recorrem quando precisam afirmar quais são seus deveres com os que se apresentam diante deles”. (DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 483, grifo nosso).

dinâmica institucional adotada pelo Estado Moderno, um dos poderes do Estado foi atribuído à atividade jurisdicional.

Todo trabalho científico é feito a partir de um corte histórico e de uma perspectiva selecionada dentre incontáveis possibilidades de narrativa. A teoria da *integridade no direito*, como não poderia deixar de ser, também é exposta da mesma forma. O estudo do direito a partir da decisão judicial é fruto de uma opção expositiva e não uma necessidade teórica. Dworkin esclarece de antemão que seu objetivo é estudar “o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os do juiz. Mas a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca”.<sup>270</sup>

Ou, como conclui de modo incisivamente elucidativo:

O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política em mais amplo sentido. **É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que**

---

<sup>270</sup> DWORKIN, *O império do direito*, p. 19.

tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão.<sup>271</sup>

Portanto, a decisão judicial não é nem superior e nem mesmo solitária, pois o judiciário precisa fundamentar suas sentenças nas razões trazidas pelas partes e, depois de prolatada a decisão, esta é submetida à opinião pública e à sociedade civil organizada que, incorporando-a a suas práticas, renova e redefine o alcance de seu conteúdo, gerando novos conflitos e novas situações de aplicação que exigirão a devolução da questão ao judiciário e assim ininterruptamente.<sup>272</sup> Não só os cidadãos reagem às decisões judiciais, mas também os outros poderes de Estado. Quando o judiciário julga certa lide e define o significado de certo dispositivo legal, isso não impede, por exemplo, que o legislativo venha a alterar a lei explicitamente afastando as conseqüências advindas da interpretação da redação anterior. E, como a tumultuada experiência brasileira acerca das emendas constitucionais tem provado, mesmo quando o judiciário julga inconstitucional uma lei ou uma política pública, o legislativo terá a

---

<sup>271</sup> DWORKIN, *O império do direito*, p. 492 (negritos nossos).

<sup>272</sup> “Sem dúvida, mesmo que a Constituição fosse perfeita e a maioria não se preocupasse com ela, disso não se seguiria que a Suprema Corte pudesse garantir os direitos individuais dos cidadãos. Uma decisão da Suprema Corte continua sendo uma decisão jurídica e deve levar em conta os precedentes e as considerações institucionais, como as relações entre a Corte e o Congresso, assim como a moralidade. E nenhuma decisão jurídica é necessariamente a decisão correta”. (DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 285)



possibilidade de reformar a Constituição para afastar a interpretação dada pelo judiciário.

Pode-se lembrar como exemplo a interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral ao artigo da Constituição que dispunha sobre o caráter nacional dos partidos políticos. No exercício de sua excepcional competência para responder a consultas dos partidos políticos, o Superior Tribunal Eleitoral definiu a interpretação de que aquele dispositivo exigia que numa mesma eleição as coligações partidárias feitas para se disputar cargos nacionais, como o de Presidente da República, deveriam ser obrigatoriamente reproduzidas nas disputas para cargos estaduais e municipais, ou seja, que os diretórios regionais dos partidos não poderiam fazer entre si coligações diferentes das coligações feitas pelos diretórios nacionais. Essa verticalização provocou é claro mudanças nos arranjos políticos eleitorais, pois essa atribuição de significado da expressão “caráter nacional” contida no texto constitucional desde sua promulgação em 1988, trouxe exigências até então inexistentes. O Congresso Nacional então emendou a Constituição e afastou textualmente a verticalização. Em direito as decisões, mesmo definitivas, são sempre provisórias ou, pelo menos, não estão garantidas contra futuras modificações, seja pela interpretação, seja pela atuação dos legisladores. Isso torna evidente o fato de que não há superioridade da decisão judicial, pois a decisão precedente sempre será objeto de decisões posteriores.

Assim a Constituição não é simplesmente o texto promulgado pelo legislativo, pois carece de densificação de sentido em cada circunstância nova, não prevista pelo legislador. No entanto, tampouco a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal diz que ela é, pois os significados que este lhe atribui são estabelecidos com base em decisões passadas, argumentos trazidos pelas partes e sujeito à dinâmica de controle

recíproco entre os poderes estatais, bem como ao poder criativo das decisões privadas. “A Constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é”.<sup>273</sup> O judiciário não tem a palavra final porque a história não tem um ponto final.<sup>274</sup>

Afirmar que os direitos subjetivos não existem *a priori*, mas apenas no contexto de aplicação dos princípios jurídicos, significa que diante de cada novo conflito, diante de cada situação de abuso, em que a liberdade e a igualdade estejam em jogo, será preciso que a sociedade decida qual é a decisão correta, qual é a conduta lícita, isto é, aquela que melhor realiza aqueles princípios numa dada circunstância concreta. O princípio geral de que todos são iguais perante a lei não é um *fiat* que permite a realização de direitos ao ser pronunciado. É um compromisso da sociedade para consigo. Diante da realidade social em que as pessoas se apresentam como desiguais a argumentação jurídica tem a tarefa de encontrar qual a decisão correta que melhor realiza aquele princípio em cada circunstância específica de discriminação ou de tratamento desigual.

Desse modo os fundamentos sobre os quais se estrutura o conceito de direitos subjetivos são profundamente alterados. A existência de decisões passadas revela que os direitos existem, pois a razão de existir dessas decisões é estabelecer quais são os direitos que existem naquela sociedade, quais condutas são admitidas e quais são

---

<sup>273</sup> RAWLS, John. *Liberalismo político* – São Paulo: Ática, 2002, p. 288.

<sup>274</sup> “Sem dúvida, é inevitável que alguma instância do governo tenha a última palavra sobre que leis serão efetivamente implementadas. Quando os homens discordam sobre os direitos morais [leia-se: direitos fundamentais], nenhuma das partes tem como provar seu ponto de vista e alguma decisão deve prevalecer, se não quisermos que a anarquia se instale. **Mas esse exemplo de sabedoria ortodoxa deve ser o início, e não o fim, de uma filosofia da legislação e da aplicação das leis**” (DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 286, destaques nossos).

rejeitadas pela Constituição. Porém, esses precedentes são *pontos de partida* da argumentação jurídica. O direito positivo, como se viu, significa um direito baseado em decisões modificáveis. Toda decisão, portanto, pressupõe decisões anteriores. Essas decisões precedentes podem ser leis, decretos executivos, atos administrativos, sentenças e acórdãos judiciais, contratos entre particulares ou quaisquer práticas sociais compreendidas como lícitas. Assim, ao se estar diante de uma nova circunstância em que se deva decidir qual a conduta correta, aqueles princípios abstratos são invocados e definidos a partir da história institucional estabelecida por todo aquele conjunto de decisões precedentes, para se descobrir se naquela situação específica os sentidos até então estabelecidos por aquela história institucional podem ser confirmados ou se as circunstâncias envolvidas no caso não estavam previstas pelas decisões anteriores e exigem uma nova interpretação. Como bem resume Habermas acerca da integridade no direito, “uma decisão jurídica de um caso particular só é correta quando se encaixa num sistema jurídico coerente”.<sup>275</sup> Entretanto, toda nova interpretação é a reafirmação do compromisso de realizar, de tornar efetivos, aqueles mesmos princípios gerais que conduzem a argumentação, mantendo portanto a congruência interna ao próprio ordenamento jurídico.

É portanto possível continuar a se falar em direitos subjetivos, mas não para indicar limites à decisão ou àquelas *coisas fantasmagóricas* que os indivíduos possuiriam por nascimento. Para o iluminismo os direitos existiam de forma reificada, antes mesmo da situação de aplicação. Para a teoria da argumentação do direito como integridade eles só podem existir no caso concreto em que concorrem pretensões divergentes. A teoria do direito como integridade rejeita a concepção que reifica os

---

<sup>275</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume 1 – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 289.

direitos e compreende a liberdade e a igualdade como coisas fixas e pré-determinadas. Segundo seus argumentos os direitos podem sim ser usados como trunfos no debate político. Contudo, eles têm conteúdo variável e somente no contexto de aplicação é que se pode determinar qual a conduta ou qual decisão judicial será exigida pelos princípios jurídicos da liberdade e da igualdade.

Embora a tese de que o Estado Social tenha significado o esgotamento semântico do conceito de direitos subjetivos da forma sedimentada a partir da Modernidade nos pareça correta, também nos parece que disso não deve se concluir que o conceito de indivíduo possa ser excluído do debate constitucional. Se é adequado afirmar que o Estado Social revelou a artificialidade de qualquer concepção naturalizante do direito, também é pertinente afirmar que o programa centralizador do Estado Social fracassou ao tentar tratar os direitos como se fossem bens alocáveis. O projeto de se *conceder* direitos revelou-se, paradoxalmente, alienante, na medida em que os cidadãos, tratados como clientes, foram despojados ideologicamente da titularidade dos direitos que se pretendia promover. Os direitos individuais foram assim alienados ao macro-sujeito estatal, o que ocasionou um déficit de cidadania e um prejuízo àqueles que se pretendia emancipar. Portanto, o risco de se falar num absoluto esgotamento semântico do conceito de direitos subjetivos é o de se entender que toda decisão acerca dos direitos esteja sujeita unicamente ao arbítrio dos órgãos do Estado. Abrir mão do conceito de direitos subjetivos não rompe com o Estado Social em crise. Pelo contrário, o pereniza num modelo burocrático no qual a Administração se refere a si mesma e não aos cidadãos, pois na medida em que se assume que tal conceito não tem serventia, tomamos os direitos como meras concessões estatais, submetidas ao decisionismo dos poderes de Estado. Em tal contexto, os direitos serão tratados, tal

como se dá no Estado Social, como bens concretos a serem distribuídos por meio de serviços a clientes hipossuficientes. O risco de se abrir mão de um conceito de direitos subjetivos que possa ser contraposto à política e que nos possa servir de trunfo contra os abusos praticados por particulares e pelo Estado é o risco de não nos sobrar direito algum.<sup>276</sup>

Entendemos que não seja adequado lançar mão da validade e serventia da referência do direito ao sujeito individualizado. Se o valor absoluto do sujeito atomizado de Descartes levou à opressão do indivíduo pelo próprio indivíduo, a desconsideração do sujeito individual levou ao totalitarismo massificador. O planejamento administrativo e a centralização estatal advindas do Estado Social provaram a força da decisão política. Porém, foi essa mesma centralidade da política que se provou insuficiente para atender às demandas coletivas e ainda cobrou o preço de se submeterem e se restringirem as concepções individuais de bem viver. Diante do totalitarismo do Estado, foi a defesa intransigente dos direitos subjetivos que sustentou a permanência de um debate político crítico, inclusive contra o Estado que se julgava promotor de direitos, e permitiu a luta pelo reconhecimento de direitos de minorias.

A crise do Estado Social, vista acertadamente por Raffaele De Giorgi como uma época de transição, pode representar assim não o completo esvaziamento do significado do conceito de direitos subjetivos, mas sim a reformulação de seus fundamentos. A

---

<sup>276</sup> “Discute-se muito, sem dúvida, sobre que direitos *particulares* os cidadãos possuem. Será que o amplamente admitido direito à liberdade de expressão inclui, por exemplo, o direito de participar de manifestações que perturbam a ordem pública? Na prática, o governo terá a última palavra sobre quais são os direitos individuais, porque sua polícia fará o que suas autoridades e seus tribunais ordenarem. Mas isto não significa que o ponto de vista governamental seja necessariamente correto. **Quem quer que pense assim está obrigado a acreditar que homens e mulheres só possuem os direitos morais [leia-se: direitos fundamentais] sancionados pelo governo, o que significa que não possuem direitos morais de espécie alguma.**” (DWORDIN, *Levando os direitos a sério*, p. 284, negrito nosso)

serventia do conceito de direitos subjetivos pode ser resgatada se forem abandonados o conteúdo metafísico que caracterizou no iluminismo e os pressupostos típicos da filosofia da consciência que marcaram seu aparecimento. Nesse sentido, a obra de Ronald Dworkin pode nos servir de marco para tal resgate, pois considera os direitos subjetivos como princípios de conteúdo indeterminado cujo significado normativo varia de acordo com as especificidades do caso concreto, mas sempre se remete ao comando orientador do princípio geral. Essa proposta, conforme tentamos esclarecer acima, permite lidar com os direitos de forma contextualizada, não tratando os direitos individuais fundamentais como limites absolutos à decisão política, mas como uma forma de reconstruir a história institucional da comunidade e influenciar as decisões políticas no estabelecimento dos objetivos públicos e na definição das estratégias eleitas para se atingirem tais objetivos.

Os direitos subjetivos não seriam portanto prerrogativas concretas cujo respeito o cidadão possa exigir *a priori*, mas trunfos contra o autoritarismo político e a imposição de valores morais. Mesmo não impondo ações determinadas e tendo um conteúdo variável conforme o contexto e as circunstâncias específicas de aplicação, é ainda possível falar-se em direitos fundamentais indisponíveis. São indisponíveis porque não é possível ignorá-los na decisão jurídica, sob pena de comprometer-se a coerência interna do ordenamento. Na medida em que o constitucionalismo que fundou todos os Estados de Direito reconhece a validade desses princípios, qualquer pretensão de negar-lhes eficácia ou rejeitar-lhes a validade estaria afetando a racionalidade da decisão, pois estaria negando eficácia à Constituição que legitima, autoriza e fundamenta a existência e competência para se proferir decisões publicamente vinculantes, seja por parte do judiciário, do legislativo ou do executivo. Se um órgão

instituído não levasse em conta os princípios de liberdade e igualdade que articulam toda a Constituição, ele estaria negando o fundamento de sua própria autoridade.

Logo, os direitos subjetivos não são um mero projeto político concorrente com outros projetos políticos. Tampouco são entidades metafísicas anteriores à política. Eles são normas que orientam a legitimidade dos projetos que concorrem na esfera pública. Não são metafísicos porque não se tratam de normas naturalizadas, mas positivadas. Foram produto da história política do ocidente e que por eventualidades históricas se universalizaram internacionalmente. O Estado de Direito só pode, evidentemente, erigir-se sobre um ordenamento jurídico positivo e não sobre uma pretensa natureza humana. É um acontecimento histórico. Poderia não ter se dado da forma como se deu. Porém, tal como ocorreu, o Estado de direito foi fundado sob a promessa de realização de princípios de liberdade e igualdade. O constitucionalismo e seus princípios democráticos são parte inafastável do Estado de Direito. A idéia de uma constituição política fundada em princípios de liberdade e igualdade é inerente ao Estado de Direito. Um Estado de Direito sem constituição é uma contradição em termos. Na Antiguidade ou no medievo a soberania era atributo da pessoa do governante. Soberano era o rei. Mas desde o instante em que se completa o processo de positivação do direito e seu fundamento migrou para o indivíduo, forjando-se o conceito de soberania popular, nenhuma argumentação jurídica que se pretenda coerente pode simplesmente desconsiderar o fundamento que legitima a existência e autoridade desse Estado. Conseqüentemente, mesmo não tendo um conteúdo determinado e invariável, os direitos subjetivos são levados em conta na decisão pública.

Ainda que essa decisão possa ter conteúdo ou pretensões autoritárias, ela precisa se justificar como se estivesse realizando aqueles princípios retores do sistema. Ainda

que suas motivações sejam falsas e manipuladoras, a decisão jurídica sempre precisa se apresentar à sociedade como se inspirada na Constituição, sob pena de perder sua base de validade. Os mesmos princípios de liberdade e igualdade que dão sentido à Constituição, e de resto dão sentido ao próprio Estado de direito, exigem que (a) as leis sejam elaboradas coletivamente por um processo legislativo pautado no debate entre partidos ou facções cujas propostas concorrem por preferência no espaço público, (b) que os atos administrativos sejam motivados e (c) que as decisões judiciais sejam fundamentadas sob pena de invalidade.

Sem fundamentação em argumentos apresentados publicamente nenhuma decisão pública é vinculativa, vez que só a fundamentação garante ao indivíduo verificar a adequação da decisão aos seus objetivos ou justificativas. Por isso os direitos subjetivos agem como trunfos, pois diante de pretensões abusivas ou manipuladoras possibilitam aos indivíduos exigir que as decisões concretas sejam coerentes com o ordenamento positivo do qual retiram validade, isto é, que mantenham a integridade do sistema jurídico. “Os direitos indisponíveis manifestam um sentido deontológico, porque eles formam um peso maior do que os bens coletivos e determinações de objetivos políticos”.<sup>277</sup>

Como já se afirmou, não são a solução final para o problema da interpretação e da aplicação do direito. São pressupostos de validade que devem ser considerados em cada decisão. Os direitos subjetivos não antecipam o conteúdo da decisão, mas exigem que a decisão que venha a ser tomada seja capaz de se fundamentar como coerente com aqueles princípios, sob pena de estarem fora do direito.

---

<sup>277</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia*, volume 1, p. 265.



Talvez seja possível traçar uma analogia entre os direitos subjetivos e as palavras no léxico de uma determinada língua. O sentido das palavras só é apreensível por seu uso. Sem uma frase ou contexto de aplicação não há significado. Mas dizer que as palavras só existem em função de frases (contextos de aplicação) não significa, obviamente, que não seja possível definir-lhes uma semântica. Se não fosse assim, não seria possível dicionarizá-las. O uso reiterado, bem como os sentidos denotativos que incorporam novos significados e, por vezes, até o próprio abandono do uso original, permite inclusive que as palavras sejam dicionarizadas e elencadas em listas de sinônimos e antônimos. O significado definido por um dicionário não é algo canônico, pois enquanto a palavra continuar a ser usada surgirão novos contextos de utilização e novas conotações. Um dicionário estabelece os significados correntes até o momento e aqueles de uso mais habitual, mas não pode esgotar nem antecipar todas as possibilidades de emprego de cada termo.

Da mesma forma, os direitos subjetivos também são definidos pelo uso, pelo contexto de aplicação. O direito, assim como qualquer língua viva, é prática social. A cada nova circunstância, confirma-se ou modifica-se seu significado. Em *estado dicionário* os direitos subjetivos existem sob a forma de princípios que orientam a direção em que devem ser aplicados. Não há garantias do resultado, tampouco é possível antecipar todas as hipóteses de conflito social ou de pretensões abusivas em que aquele princípio será invocado e deverá ser utilizado, e por isso não é possível que os direitos tragam em si suas próprias condições de aplicação.

Porém, assim como se dá com as palavras, o fato de se admitir que os direitos subjetivos têm conteúdo variável não significa que eles não tenham significado algum ou que simplesmente não existam. Quando alguém usa uma palavra de modo não usual,

os interlocutores necessariamente são obrigados a remeter-se a algum sentido previamente estabelecido, isto é, exigem que o uso ainda que inovador seja coerente com um horizonte de sentido compartilhado publicamente. Assim será possível conferir se o modo em que está sendo usada faz sentido dentro do contexto ou é arbitrário e inadequado ao contexto.

Os direitos subjetivos correspondem a essa mesma exigência de coerência contextual. Nesse sentido, são condições de possibilidades, isto é, são condições necessárias para se julgar se determinada ação privada ou certa política pública são justificáveis e, portanto, juridicamente permitidas. É assim possível afirmar que possuímos certos direitos subjetivos, mas não como dados pré-interpretados, nem como propriedade reificada, nem coisa concreta disponível *a priori*, e sim como garantia de que qualquer decisão jurídica deve provar que, no contexto concreto de aplicação, é adequada às exigências de liberdade e igualdade genérica e abstratamente impostas pela Constituição e pelo Estado de Direito.

## 2.7 OS PRINCÍPIOS NA PRÁTICA: O DIREITO AO ENSINO SUPERIOR

A igualdade de todos perante a lei é um princípio jurídico. Também a meritocracia é um princípio da administração pública. Na verdade, o princípio da meritocracia é uma individualização do princípio da igualdade, pois é a exigência de que todos sejam tratados como iguais e com igual consideração e respeito que torna necessário que os cargos públicos, bem como o acesso a vagas em faculdades públicas, sejam preenchidos de forma impessoal e de modo que melhor atendam ao interesse da sociedade.

Porém se alega que o critério meritocrático exige que as vagas no ensino superior sejam destinadas aos estudantes mais inteligentes. O ensino superior seria uma prerrogativa dos melhores. Mas cabe perguntar o que define certos estudantes como sendo *os melhores*. O que significa sermos iguais perante a lei e sermos tratados como iguais nesse sentido?

Aqueles que não são favorecidos por políticas que beneficiam certas minorias raciais alegam que as classificações raciais são intrinsecamente injustas porque violam direitos individuais daqueles que não pertencem a essas minorias. Sob tal argumento, as políticas públicas orientadas por critérios raciais não combateriam o racismo. Pelo contrário, o reproduziriam na medida em que sujeitam as pessoas não favorecidas a uma exclusão idêntica àquela que tais políticas pretendem combater. No caso do acesso ao ensino universitário, o direito à igualdade significaria que o critério de seleção não levasse em conta a raça. Mas os chamados *melhores* alunos têm realmente direito que a um critério específico de seleção?

A Constituição traçou claramente uma distinção entre o ensino fundamental e o ensino superior. Seu artigo 208 estabelece, nos incisos I, IV e VII, e nos parágrafos

primeiro, segundo e terceiro, que o ensino fundamental e o acesso a creches é obrigatório e é obrigação do Estado oferecê-lo de forma gratuita. A Constituição fez questão de explicitar que a obrigação do Estado de prestar ensino fundamental inclui a necessidade de ofertá-lo independentemente de idade, bem como a obrigatoriedade de prestar o ensino fundamental adequado aos portadores de necessidades especiais, o que é evidentemente redundante, pois é impensável um ensino universal que não implicasse na obrigação de prestá-lo indiscriminadamente. De acordo com o sistema de universalização do ensino fundamental seria mesmo dispensável a disposição do parágrafo primeiro, que dispõe que o acesso ao ensino fundamental obrigatório é um direito subjetivo. Assim, o acesso ao ensino fundamental não depende de critérios de seleção. O ensino fundamental não habilita ninguém para uma técnica específica. A função pedagógica do ensino fundamental é permitir o amadurecimento intelectual do indivíduo e estimular diferentes formas de raciocínio para que o aluno conheça suas próprias preferências, habilidades e talentos e possa optar por algum projeto de vida. Por isso todo cidadão pode exigí-lo.

Quanto ao ensino médio se dá algo semelhante. Apesar da Constituição parecer dar a entender, no inciso II do mesmo artigo, que o ensino médio não é uma obrigação do Estado, ao determinar uma progressiva universalização do ensino médio gratuito a Constituição está impondo que o Estado adote políticas públicas voltadas para tal fim. Ora, se o Estado não toma providências para atingir tal fim, é legítimo que o estudante que não tenha acesso ao ensino médio próximo de sua moradia processe judicialmente o Estado para que tome medidas concretas para garantir ao indivíduo aquele acesso.

Nos Estados Unidos, o fim da doutrina dos *separados mas iguais*, segundo a qual se admitia que o Estado oferecesse serviços de educação de forma diferenciada,

possibilitou que os juízes determinassem que, nos casos em que não havia escolas que pudessem ser freqüentadas por alunos negros, o Estado tinha obrigação de oferecer serviços de transporte para que estes pudessem freqüentar escolas fora de seus distritos. Essa prática ficou conhecida como *busing*, e foi essencial para dar efetividade ao direito à educação das minorias negras. Sem tais medidas judiciais a declaração formal de que um estudante tem direito à educação oferecida pelo Estado seria totalmente vazia de significado social, pois pouco adianta dizer numa sentença que o estudante pode freqüentar as aulas se ele de fato não tiver condições de estar presente na escola.

Do mesmo modo, se a Constituição exige que o ensino médio seja universalizado, o poder judiciário pode, se provocado, impor ao Estado a obrigação de garantir ao aluno excluído desse ensino as condições de freqüentar a escola. Trata-se portanto de um direito subjetivo. Ainda que o Estado esteja ausente e não promova as políticas públicas necessárias à efetivação daquela determinação constitucional, o indivíduo tem a possibilidade de utilizar o princípio como um trunfo contra argumentos de ordem econômica ou política.

Num processo judicial em que um estudante exigisse o acesso ao ensino médio gratuito baseando-se no artigo 208, II, o Estado poderia argumentar ausência de previsão orçamentária específica ou poderia também, para menciona algo que tem estado muito em voga no debate jurídico, levantar o chamado princípio da *reserva do possível*, que nada mais é que um argumento político segundo o qual a efetividade dos direitos estaria condicionada à discricionariedade administrativa. O Estado poderia alegar ainda que a universalização do ensino médio seria uma norma de eficácia limitada, ou seja, dependeria da avaliação de conveniência e oportunidade em promovê-la. Porém, aquela norma, por ser principiológica, conduz a argumentação jurídica no

sentido de que é obrigação do Estado promover tal universalização. Se no caso concreto se puder provar que aquele indivíduo em concreto está sendo discriminado porque na sua localidade não existem escolas ou porque as existentes não têm vagas suficientes e que não existem outras políticas públicas que compensem essa ausência, o princípio que impõe que o Estado universalize o ensino médio pode ser um trunfo para que o Estado ofereça àquele determinado estudante que propôs a ação as condições necessárias para que frequente a educação média regular, seja através de transporte gratuito ou, se isso se revelar eventualmente inviável, através de outras medidas concretas que possibilitem sua frequência às aulas oferecidas em instituição oficial de ensino que tenha condições de receber esse estudante, como por exemplo a oferta de alojamento ou mesmo compensação financeira que lhe permita arcar com a estadia em outra localidade. Não se trata propriamente de um interesse, mas de um direito do cidadão de exigir do Estado que cumpra a determinação constitucional de universalizar o ensino médio.

Outro caso de aplicação daquele princípio como uma exigência individualizável pode ser a oferta de educação formal a adolescentes que cumprem medida sócio-educativa de internação prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. A internação é medida restritiva de liberdade que pode ser imposta a adolescentes que cometem atos infracionais, isto é, condutas previstas como crimes no Código Penal, mas que não podem ser qualificadas como tal devido à inimputabilidade etária. Mas sendo uma medida *educativa* é exigível que o Estado ofereça as condições de educação adequadas às necessidades dos internos. Se os internos estão em condição de cursar o ensino médio, é legítimo que exijam judicialmente do Estado que lhes ofereça esse serviço mesmo que estejam com sua liberdade restrita por outra decisão judicial.

A restrição ao direito de liberdade imposta pela sentença que determinou a internação não afasta o direito à escolarização. Pelo contrário, é da natureza *sócio-educativa* da internação que esta seja necessariamente associada à escolarização adequada ao adolescente para que este possa retornar ao convívio social sem que a internação tenha interrompido seu amadurecimento e desenvolvimento escolar, como aliás habitualmente ocorre. O estudante e sua família podem exigir a oferta do ensino médio como um direito subjetivo, mesmo se isto não estiver previsto em políticas públicas ou em dotações orçamentárias. Também não se trata de um interesse, pois o caráter educativo da medida de internação está fixado na lei como um dever do Estado e direito do adolescente. Assim, evidencia-se como o direito subjetivo pode ser um trunfo contra argumentos de natureza política contrapostos a direitos conferidos no ordenamento.

Porém o ensino médio tem uma especificidade. Regra geral o ensino médio, tal como ocorre no ensino fundamental, tem a mesma natureza de formação cultural ampla para o conhecimento das mais diversas formas de pensar a fim de proporcionar ao estudante condições de auto-conhecimento para que forme suas opiniões acerca do mundo que o circunda e escolha dentre as atividades sociais disponíveis aquela que melhor realiza suas potencialidades. Contudo, ele também pode ser ministrado como um curso técnico profissionalizante. Nesses casos, é impossível afirmar que todos os adolescentes em idade escolar tenham direito subjetivo a tornarem-se, por exemplo, técnicos em edificações.

A qualificação profissional é voltada para o mercado e para interesses específicos de cada estudante. O ensino generalista que é oferecido como regra geral pelas escolas públicas não habilita nenhum adolescente para exercer nenhuma profissão

específica. Já o ensino técnico é procurado por segmentos específicos da sociedade, de acordo com seus interesses de exercer uma vocação qualquer ou aproveitar oportunidades oferecidas pelo mercado de cada região.

Por exemplo, numa localidade cuja economia seja sustentada sobre a agropecuária, é estratégica a existência de cursos técnicos que capacitem a mão-de-obra local. Porém, é uma decisão de discricionariedade administrativa avaliar se a criação de uma escola pública para formação de técnicos agrícolas é indispensável ou não às estratégias de política econômica. Nenhum estudante da região poderia alegar que tem direito subjetivo a cursar o ensino médio profissionalizante por causa da atividade econômica predominante na área. Primeiro porque o fato da economia local ser voltada para uma atividade qualquer, como a agricultura, é algo contingente e pode mudar ao longo do tempo. Segundo porque poderia haver na região uma maioria de estudantes que não têm interesse em agronegócios e desejaria muito mais se formarem como técnicos em eletrônica ou em enfermagem.

São todas questões contrafactuais nas quais não se discutem direitos indisponíveis, mas estratégias e interesses coletivos e privados. Dada essa especificidade, é compreensível que a Constituição tenha disposto sobre o ensino médio de forma sutilmente distinta do ensino fundamental.

De modo semelhante, o ensino superior tem natureza eminentemente técnica e profissionalizante. Visa a capacitação de um indivíduo para que esteja habilitado a manejar determinada técnica. Visa formar um professor de filosofia para ministrar essa disciplina nas escolas ou um arquiteto para desenhar projetos. Mas nem toda profissão ou carreira está associada a uma formação técnica. A habilidade comercial, por exemplo, não se sujeita à formação acadêmica. Um bom lojista pode ter tremendo



sucesso profissional independente de ensino especializado. Não se pode exigir de um lojista que conheça as bases científicas de seu trabalho, ainda que os negócios e as vendas possam ser objeto de estudos científicos e acadêmicos tanto por parte da ciência da Administração como pela Sociologia ou o Direito.

O mesmo não ocorre, digamos, com um médico, que pode ser cível e penalmente responsabilizado caso não tenha a habilitação para realizar procedimentos clínicos ou cirúrgicos. Por uma necessidade de proteção do consumidor e do cidadão, a sociedade estabeleceu que certas profissões são condicionadas a formação técnica acadêmica específica. Para tais profissões se exige que aquele que oferece seus serviços no mercado comprove que conhece as bases técnicas de seu trabalho, pois seu trabalho consiste necessariamente na operação de certa técnica. Não se pode exigir de um advogado que seja criativo nem que tenha uma habilidade de convencimento e oratória ímpar, mas se pode exigir que conheça a técnica processual que maneja. Seu cliente não pode exigir a punição de seu advogado porque este não tem poder de síntese em seus argumentos e não soube expor ao juiz o direito de seu cliente, mas pode exigir que seja responsabilizado administrativa e judicialmente caso se comprove que ele não foi diligente e não soube utilizar os recursos disponíveis no processo ou não cumpriu os prazos judiciais como deveria. Um estudante não pode exigir que seu professor seja simpático, e nem mesmo que seja dotado de um carisma especial que cativa a atenção dos alunos, mas pode exigir que ele seja devidamente habilitado para ministrar sua disciplina, isto é, que tenha uma formação técnica da qual se possa presumir que conhece as bases da ciência que ensina. Se não tiver essa formação, tanto a escola como um aluno que se sentir prejudicado podem exigir sua responsabilização administrativa, cível ou criminal.

O mesmo que se afirmou quanto ao ensino médio de formação técnica vale para o ensino superior. É difícil sustentar que ser um engenheiro, um arquiteto, um médico, um enfermeiro ou um publicitário seja um direito universal dos cidadãos ou uma garantia indisponível. O ensino fundamental é uma garantia indisponível porque é uma condição de possibilidade para uma integração social plena.

Há estudos que demonstram que o próprio desenvolvimento da capacidade cognitiva da criança é afetado quando ela não tem acesso ao ensino formal. Por exemplo, partir da tese da psicogênese moral elaborada por Jean Piaget e Lawrence Kohlberg, Bárbara Freitag comprovou em pesquisas de campo a diferença na evolução cognitiva entre crianças que tiveram acesso à escolarização e outras que não o tiveram.<sup>278</sup> Piaget verificou a existência de diferentes níveis na forma do julgamento moral de crianças e desenvolveu testes através dos quais se pudesse classificá-los e estudá-los.<sup>279</sup> Esses testes têm por objetivo verificar a capacidade discursiva da criança em fundamentar e justificar suas próprias decisões ou opiniões acerca de dilemas que lhes são apresentados. Nesses testes importa menos o conteúdo da decisão do que a capacidade lingüística e argumentativa de defender seu ponto de vista. Os resultados colhidos indicaram uma progressão dos níveis de fundamentação. De níveis nos quais a criança decide com base em regras muito concretas e precisas orientadas pela punição e obediência, para níveis de justificativas orientadas por princípios universais de respeito aos outros, isto é, haveria uma evolução de níveis de julgamento concreto para níveis de julgamento cada vez mais abstratos. A esses diferentes níveis de julgamento

---

<sup>278</sup> FREITAG, Bárbara. *A moralidade infantil segundo Piaget: um estudo empírico entre crianças paulistas. Anuário de Educação*, 80 – Rio de Janeiro/Fortaleza: Tempo Brasileiro/Editora de UFC, 1981, pp. 203-244.

<sup>279</sup> CARRACEDO, José Rubio. *La psicología moral (de Piaget a Kohlberg)*. In: CAMPS, Victoria. *História de la ética* – Barcelona: Ed. Crítica, s/d, pp. 481-532.

corresponde a progressão de formas de agir heterônomas para formas de agir cada vez mais autônomas. Assim, a descrição desses estágios cognitivos pode até mesmo ser usada para estudar a capacidade do indivíduo de exercer sua cidadania, isto é, a forma de compreender e exercer seus direitos e obrigações perante o Estado e a sociedade.<sup>280</sup>

Aplicando os testes de Piaget e Kohlberg em adolescentes de uma favela de São Paulo, Barbara Freitag identificou relevantes desníveis no desenvolvimento cognitivo entre crianças adolescentes escolarizados e não escolarizados. “O estudo procurava controlar duas hipóteses, vinculadas à influência do meio social sobre o desenvolvimento da moralidade. Segundo a primeira hipótese (confirmada por Kohlberg nas mais variadas culturas), postulava-se que a consciência moral entre adolescentes de classe média (e alta) corresponderia aos estágios constatados entre os pares da mesma classe e idade na Europa e nos Estados Unidos, registrando-se defasagens significativas no caso de adolescentes provenientes da classe operária e da favela. A segunda hipótese postulava um desenvolvimento moral diferenciado para adolescentes escolarizados e não-escolarizados. Essa segunda hipótese foi inteiramente confirmada, favorecendo os adolescentes escolarizados. Entre estes, registraram-se estágios mais elevados da moralidade. *A decalagem vertical constatada entre jovens favelados (sem experiência escolar) com relação aos jovens escolarizados de diferentes origens socioeconômicas mas de mesma faixa etária (de 12 a 16 anos de idade) era enorme. Controlando, contudo, o fator escolaridade, as diferenças entre os jovens de diferentes origens socioeconômicas eram negligenciáveis*”.<sup>281</sup> Dessa sorte se apurou que a escolarização

---

<sup>280</sup> Conf: COLBY, Anne; e KOHLBERG, Lawrence. *The measurement of moral judgement: theoretical foundations and research validation*. Vol. 1 – Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

<sup>281</sup> FREITAG, Bárbara. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade* – Campinas: Papyrus, 1992, p. 214.

tem impacto maior no desenvolvimento cognitivo do adolescente do que a situação econômica, geralmente apontada como a causa fundamental, e por vezes única, de toda forma de desigualdade social.

Enquanto a escolarização da criança e do adolescente revela-se decisiva para a capacidade lingüística e cognitiva da criança e, principalmente, para sua capacidade de agir de forma autônoma com base em princípios gerais, o que é essencial para o exercício da cidadania, o ensino superior se estrutura como uma opção ou interesse, não estando necessariamente associado ao desenvolvimento intelectual ou cognitivo do indivíduo. Enquanto o ensino fundamental é uma condição de possibilidade para conhecer e elaborar futuros projetos de vida, a escolha por uma carreira acadêmica superior é um projeto de vida concreto.

Ninguém tem o direito subjetivo à alocação de vagas no ensino superior simplesmente porque elas são oferecidas a outros. “Os indivíduos podem ter direito a igual tratamento na educação básica, pois é improvável que alguém a quem se negue esse direito venha a levar uma vida produtiva. A educação jurídica [a formação em direito], por sua vez, não é tão vital a ponto de que todos devam ter um direito igual a ela”.<sup>282</sup>

O ensino fundamental tem por objetivo não a qualificação para o mercado, mas a socialização e o desenvolvimento intelectual através do contato com diferentes ramos do conhecimento humano. É através da educação formal que a criança sai do universo doméstico e desperta para a convivência social com o outro e com as diferenças existentes no mundo. Por isso é possível exigí-la como um direito subjetivo indisponível.

---

<sup>282</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. 350.

Por outro lado, o ensino superior tem por objetivo qualificar agentes do mercado, isto é, busca formar professores, engenheiros, administradores, enfim, busca formar profissionais para exercerem profissões que exigem um grau aprofundado de conhecimento técnico ou científico. Mas não é indispensável para o exercício da cidadania e nem mesmo para o sucesso no mercado. No caso do mundo dos negócios, por exemplo, o sucesso está muito mais associado à iniciativa, empreendedorismo e capacidade de se assumir riscos. Sem dúvida o sucesso da atividade agrícola, por exemplo, exige profissionais com conhecimentos técnicos capazes de aumentar a produtividade e diminuir os custos. O sucesso na atividade industrial depende do desenvolvimento da tecnologia e assim por diante. Mas o proprietário ou empreendedor não necessita ser um técnico. Ele dirige seus negócios com base em sua capacidade de avaliar riscos e investimentos. Para isso sem dúvida ele deve contar com o auxílio e orientação de técnicos, mas o sucesso de seus negócios variará conforme fatores que transcendem o controle da técnica, como por exemplo uma seca prolongada, uma enchente, uma mudança abrupta no câmbio, etc. Enfim, o dono de um hospital, para ter sucesso no mercado, não precisa ser um profissional da saúde e nem mesmo um administrador de empresas, podendo ser apenas um investidor que se vale dos serviços de um e de outro para obter sucesso em seu empreendimento.

Por outro lado, o ensino superior não é tampouco indispensável para o exercício da cidadania ou para a capacidade de agir de forma autônoma. Da mesma forma, o acesso ao ensino superior não garante por si só a inserção no mercado. Profissionais muito qualificados podem não encontrar espaço para exercerem suas profissões de formação se a economia estiver estagnada e o mercado local estiver demitindo.

Portanto, o ensino superior, embora seja relevante e estratégico para a promoção social, não é nem indispensável nem suficiente para o sucesso no mercado.

O ensino superior tem por finalidade essencial fornecer ao mercado os profissionais qualificados que o mercado exige. Assim, a escolha por cursar ou não um curso universitário, bem como a opção por qualquer curso existente, é uma questão de interesse. O fato de existirem pessoas que cursam o ensino superior por razões de aprimoramento intelectual ou pela simples vaidade de possuir um diploma universitário não nega o fato do curso superior ser uma questão de interesse. Pelo contrário, se alguém cursa uma faculdade mas não pretende exercer aquela profissão, o fazendo para ampliar seus conhecimentos ou por uma questão de prestígio, o faz necessariamente por um interesse disponível. Ainda que seu interesse não seja necessariamente econômico, ainda assim é um interesse surgido por motivações íntimas ou por exigências sociais. Sendo pois uma questão de interesse, não é possível sustentar que o acesso ao ensino superior seja um direito inalienável do indivíduo.

Uma vez que o ensino superior não é uma exigência universal, é legítimo que possam ser objeto de políticas públicas que fixem diferentes critérios de alocação desde que tais políticas possam ser fundamentadas no princípio da igualdade e simultaneamente contribuam para a formação de uma sociedade mais igualitária e, portanto, mais justa.

Ninguém pode sustentar que tenha direito a cursar a faculdade de direito porque foi um bom aluno e por isso pode exigir que aqueles conhecimentos que aprendeu sejam os critérios únicos para definir o destino da vaga universitária. O direito a uma vaga no ensino superior não pode ser consubstanciado em certo formato de concurso ou numa dada metodologia de avaliação do aprendizado. Também não pode ser hipostasiado o

mérito como um fato auto-evidente que dispensa interpretação contextualizada. Quem afirma que os estudantes têm direito que o vestibular distribua todas as vagas de modo uniforme e não se estabeleçam categorias entre os candidatos está não só reificando o direito e materializando-o como um bem econômico, está também emitindo uma preferência ou interesse. É natural que estudantes com alto desempenho nas disciplinas ministradas no ensino médio tenham interesse que a avaliação desses conhecimentos seja o critério de admissão nas faculdades. Mas do fato de terem um interesse em cursar a faculdade, não decorre que tenham direito a isso. Se os indivíduos tivessem direito às coisas que são do seu interesse, na expressão de Dworkin, “eu teria igualmente de conceder que eles têm um direito, pelo menos em termos gerais, a sorvete de baunilha”.<sup>283</sup>

O direito à igualdade, como já se afirmou, não é uma coisa concreta da qual os indivíduos se apropriam e tampouco um fato pré-interpretativo que antecipa a solução de quaisquer conflitos jurídicos. O direito à igualdade é um princípio que conduz a argumentação jurídica, a aplicação do direito, num determinado sentido, mas não estabelece por si só o conteúdo da decisão.

Mas do princípio da igualdade não decorre que certo critério de admissão no ensino superior deva ser necessariamente adotado. Desde que os critérios sejam públicos e atendam a demandas coletivas que contribuam para uma sociedade mais igualitária, o tratamento diferenciado não nega, mas sim efetiva a igualdade. Como afirma Dworkin, “em determinadas circunstâncias uma política que coloca muitos indivíduos em situação de desvantagem pode, mesmo assim, ser justificada, porque dá melhores condições à comunidade como um todo”.<sup>284</sup>

---

<sup>283</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. 413.

<sup>284</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. 357.

Os critérios raciais não são intrinsecamente piores se puderem provar que têm por objetivo a realização de uma política pública voltada para combater a discriminação e proporcionar condições de convivência mais justas. Aliás, a admissão de candidatos a partir exclusivamente de seu desempenho em testes de conhecimento também só se justifica porque é baseada numa política pública de valorização do ensino formal. As escolas públicas oferecem certas disciplinas porque se julga que contribuem para a formação intelectual e para a socialização do estudante. Logo, é justo que as universidades públicas valorizem os programas definidos para as escolas do ensino fundamental e médio. Porém, o que define quais serão as disciplinas e quais serão os conteúdos programáticos dessas disciplinas são igualmente políticas públicas. E tais políticas necessariamente variam no tempo, no espaço ou de acordo com particularidades de cada curso. O latim já foi considerado essencial para que um aluno fosse admitido nas faculdades brasileiras. A existência do latim favorecia os candidatos que tinham mais facilidade para o aprendizado dessa língua ou maior interesse por ela. Quando o latim foi abolido dos exames vestibulares, aquela vantagem deixou de existir. Durante muitos anos o francês foi parte do concurso de admissão à carreira diplomática no Brasil. Contudo, políticas públicas orientaram que a diplomacia brasileira saísse da esfera de influência cultural francesa e se voltasse para os Estados Unidos. Por isso, o programa do concurso ao Instituto Rio Branco foi alterado e o francês excluído, pois se avaliou politicamente que era dispensável que o candidato provasse que ao ser admitido na carreira já tinha domínio daquela língua. Recentemente se fez nova alteração do programa, excluindo-se alguns exames de inglês. Essa decisão parece ter sido adotada pelo fato de que os candidatos que vinham sendo aprovados tinham em geral perfil e formação cultural muito semelhantes, em geral estudantes vindos das mesmas classes



sociais, que já tinham morado no exterior, não raro os próprios filhos dos membros da carreira diplomática. Com o objetivo de proporcionar maior diversidade cultural ao corpo diplomático e proporcionar meios para que candidatos com outras experiências culturais fossem também admitidos, uma das provas de inglês foi excluída do concurso. Um dos objetivos era criar meios para que pessoas de diversas origens viessem enriquecer o serviço diplomático, trazendo experiências de vida típicas de outros segmentos da sociedade.

O mesmo pode ser dito de qualquer concurso. Se o alemão se tornar parte dos vestibulares isso representará uma vantagem para alguns estudantes e uma desvantagem para outros. O bom desempenho em nenhuma dessas disciplinas garante que o aluno admitido será melhor profissional e em nenhuma delas o mérito pode ser hipostasiado como um conceito absoluto e invariável. Por isso não é possível que determinado método de avaliação seja considerado um direito subjetivo indisponível que o estudante pode exigir do Estado e da sociedade. Todas as críticas que se podem fazer à utilização de critérios raciais podem ser estendidas a qualquer método de admissão. “Os critérios raciais não são necessariamente os padrões corretos para decidir quais candidatos serão aceitos pelas faculdades de direito, mas o mesmo vale para os critérios intelectuais ou para quaisquer outros conjuntos de critérios”.<sup>285</sup>

A inclusão ou exclusão de qualquer critério de avaliação traz benefícios para uns e dificuldades para outros. Porém, poderão ser constitucionais se forem coerentes com certos objetivos perseguidos por políticas públicas destinadas a promover a igualdade entre cidadãos de diversas origens. Não existe garantia de que tais objetivos possam ser alcançados. A questão da constitucionalidade exige que se avalie a adequação dessas

---

<sup>285</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. 368.

políticas aos princípios jurídicos ordenadores do sistema, pois não pode avaliar se essas políticas irão ter sucesso ou fracassar, pois isso só poderá ser apurado no futuro.

Afirmar que o acesso ao ensino superior é um direito subjetivo exigiria que o ensino universitário fosse não apenas universal, mas que todos os cursos estivessem simultaneamente disponíveis a todos estudantes. Afinal, se se admite que eu tenha o direito indisponível ao ensino superior, isso implica em que eu possa escolher qualquer curso que bem entender, tal como escolhesse, para aludir à jocosa comparação feita por Dworkin, o sabor de um sorvete. Assim todos os estudantes deveriam escolher os cursos que desejassem e o sistema público de ensino a cada ano alocaria as vagas conforme a demanda. Isso é absolutamente ridículo não porque é impraticável, como de fato o é, mas porque os direitos não são recursos econômicos concedidos pelo Estado e tampouco derivam do interesse individual. Além, é claro, de isso ferir o princípio da autonomia universitária, segundo o qual cada universidade deve decidir acerca de sua administração, o que inclui a política de admissão e a alocação de vagas conforme a estrutura existente e o corpo docente disponível em cada curso.

Ninguém tem o direito subjetivo de que o Estado lhe ofereça determinado curso superior. O direito constitucional à igualdade perante a lei não é violado se não existe na cidade ou no estado onde reside o estudante uma faculdade de enfermagem, de pedagogia, direito, farmácia ou qualquer que seja. Tampouco não é violado se as vagas eventualmente existentes são poucas.

Pela mesma razão não se tem o direito de que o desempenho em exames de certas disciplinas seja obrigatoriamente a forma de admissão. O desempenho em exames de conhecimento só é usado como critério de admissão em faculdades porque atendem a um objetivo público. Mas ninguém “tem o direito de insistir em que a inteligência seja o

único critério de admissão a ser levado em conta. As faculdades de direito [como quaisquer outras] atribuem um peso enorme aos testes de aptidão intelectual para a admissão. Porém, isso parece adequado não porque os candidatos tenham o direito de serem avaliados dessa maneira, mas porque é razoável pensar que o conjunto da comunidade estará mais bem servido se seus advogados forem inteligentes. Em outras palavras, os padrões intelectuais se justificam não porque premiam os mais inteligentes, mas porque parecem servir a uma política social útil”.<sup>286</sup>

Infelizmente, nossa história foi marcada por intensas formas de clientelismo e patrimonialismo. Talvez por isso – ou também por isso – os espaços públicos foram de algum modo reificados. Mesmo a resistência contra as práticas patrimonialistas, como a instituição de cargos de carreira e concursos para o serviço público, mantém vestígios patrimonialistas. Basta lembrar que o Direito Administrativo designa como *posse* a investidura do servidor no cargo público, deixando-se clara a pretensão subliminar de legitimar o servidor como dono, proprietário, do cargo de ocupa. O direito subjetivo alcançado através da aprovação num concurso não se esgota pois com a nomeação nem no exercício efetivo. É preciso que esteja presente de forma inequívoca que o titular do direito dele se apropriou, que dele *tomou posse*. Tecnicamente, o conceito de posse em cargos públicos no Direito Administrativo seria de todo dispensável, mas permanece como lastro de uma ideologia reificante dos direitos. Embora a expressão *tomar posse* possa ser interpretada como contraposição às práticas históricas de perseguição e destituição não fundamentada de servidores públicos, a forma de resistência se opera dentro da mesma lógica que reifica o espaço público. Se o patrimonialismo reifica o cargo público como propriedade do dirigente, a perspectiva de uma burocracia

---

<sup>286</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p. 347.

excessiva e auto-referente reifica o cargo público como patrimônio do servidor, sem qualquer consideração pela eficiência nem qualquer forma de controle pelo cidadão, que deve ser o foco da Administração.

Essa concepção reificante dos espaços públicos certamente se reflete na discussão sobre o acesso ao ensino público superior. Em defesa da impessoalidade e moralidade no acesso às vagas no ensino público, exige-se que as vagas devem ser preenchidas sob uma metodologia exclusiva, desprezando-se o fato de que aqueles são princípios abstratos que podem ser materializados de diferentes formas. Contudo, “nenhum aluno tem direito a uma vaga na universidade devido a realizações passadas ou virtudes, talentos ou outras qualidades inatas: só se devem julgar os alunos pela probabilidade de contribuição que cada um deles, em combinação com outros selecionados pelos mesmos critérios, fará para as diversas metas que a instituição escolheu legitimamente”.<sup>287</sup>

Ninguém tem o direito que uma universidade seja obrigada a escolher esta ou aquela política de admissão, como se o lugar na universidade estivesse destinado por natureza a estudantes com certo perfil ou certa formação. Como as vagas universitárias não são direitos indisponíveis, não é correto tratá-las como um lugar que pertence antecipadamente a alguém ou cujo preenchimento deva ser feito necessariamente sob certa fórmula. É socialmente útil que os futuros profissionais que irão atuar no mercado sejam disciplinados e capazes. Logo, é justo que se selecionem bons estudantes para preencherem as vagas universitárias. Contudo, existem muitos critérios diferentes pelos quais se pode avaliar se alguém é ou não um bom estudante. E por isso uma política de admissão universitária pode apurar o mérito sob mais de um aspecto, inclusive

---

<sup>287</sup> DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade* – São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 572.

cruzando, quando possível, critérios diferentes, avaliando diferentes méritos, o que pode levar em consideração até mesmo as dificuldades de integração social enfrentadas por grupos que são vítimas de histórica discriminação. Um bom desempenho conseguido a despeito de dificuldades não enfrentadas por outros grupos também poderia ser um aspecto meritório a merecer reconhecimento, pois revelaria uma capacidade especial de enfrentar diversidades especiais.

Quando uma universidade muda seus critérios de seleção ela não está negando ou cassando direitos de quem quer que seja. Não se está tomando o lugar de ninguém. Pois ninguém tem direito a entrar numa universidade a não ser sob os critérios determinados em seus editais em cumprimento dos regulamentos universitários e da legislação educacional pertinente. E, como é óbvio, é perfeitamente possível que uma faculdade modifique seus editais ou políticas de admissão, desde que, para não haver ilegalidade ou inconstitucionalidade, os critérios escolhidos contribuam para a efetivação do princípio da igualdade diante de uma situação concreta de discriminação ou exclusão social.

### **3 A TENSÃO PERMANENTE ENTRE IGUALDADE DE DIREITO E IGUALDADE DE FATO**

“a escravidão  
para resgatar os ferros de seus ombros  
requer  
poetas negros que refaçam seus palmares e quilombos.”

Afonso Romana de Sant’Anna, *Que País é Este?*

#### **3.1 É POSSÍVEL UM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NÃO IDEOLÓGICO?**

No primeiro capítulo examinamos como o conceito de democracia deve ser revisto, abandonando-se uma concepção orientada para a uniformidade étnica e cultural, tal qual o paradigma do Estado Social. Nossa hipótese é que a democracia racial, tal qual vem sendo historicamente compreendida, é expressão daquela concepção de democracia como eliminação de diferenças, que tem redundado num modelo assimilador que incorpora as minorias a um padrão predominante, negando a possibilidade da diferença e forçando os membros das minorias, principalmente quando conseguem projeção na escala social, a rejeitarem sua própria identidade. Ou, em outras palavras, a concepção tradicional de democracia racial tem pressuposto que para sermos iguais perante a lei é preciso que sejamos materialmente iguais, pretendendo-se eliminar o preconceito de cor não pelo respeito aos indivíduos de todas as cores, mas por um discurso uniformizador que obriga todos a adotar a cor que se acredita dominante. A concepção tradicional de democracia racial representou uma das formas de afirmação do Estado Social no Brasil porque através dela se almejava a igualdade material dos

cidadãos no que diz respeito à identidade étnica. O paradigma social, por exigir a identidade entre governantes e governados, cria a ilusão de democracia direta, na qual o governante não apenas representa, mas sim encarna em si as aspirações e interesses do povo. Por sua vez, para ser possível a legitimação desse discurso, o povo deve tornar-se uma coletividade uniforme, ou pelo menos concretamente identificável através de um critério de definição de uma nacionalidade naturalizada. Por essa concepção de democracia, o povo não é apenas a população sujeita ao poder de um determinado Estado, mas o suporte orgânico do poder público. O governante, por compartilhar do espírito e da natureza do povo, pode governar sem recorrer à mediação da idéia de representação, pois quando legisla ou administra acredita-se que é o povo que o faz através dele. Para possibilitar essa identificação imediata, tenta-se contornar o caráter múltiplo da nação, assimilando e incorporando as minorias. Se, como tem sido encarado o conceito de democracia racial, ninguém no Brasil é branco nem negro, a maioria mestiça deixa de ser maioria para se tornar totalidade. Todavia, o princípio constitucional da igualdade não requer essa igualdade material totalizante e assimiladora. A Constituição determina que sejamos todos tratados como iguais exatamente porque somos todos diferentes, de tal sorte que a função da Constituição não é reduzir artificialmente a complexidade social, mas sim garantir as condições de aumento de complexidade. A igualdade jurídica só existe em razão da diferença e só se realiza no respeito à diferença. Nesse sentido, políticas públicas que garantem que certos grupos sociais se afirmem como diferentes não violam o princípio da igualdade. Pelo contrário, desde que se esteja garantindo a livre expressão de minorias discriminadas e que têm sido sistematicamente excluídas das esferas de formação da opinião pública e da vontade política, tais políticas públicas estão na verdade a garantir

o direito à diferença e, por conseguinte, o direito de que mesmo sendo diferentes possamos ser tratados como iguais.

No segundo capítulo examinamos especificamente a questão de se saber se políticas públicas afirmativas voltadas para minorias raciais no ensino superior ferem direitos subjetivos. Tratamos do surgimento do conceito de direito subjetivo e a crise enfrentada por ele depois do Estado Social. Defendemos então que tal conceito ainda pode ter utilidade no Estado Democrático de Direito se for aplicado de acordo com as especificidades do caso concreto. Ao contrário do que propunha o Iluminismo, quando se formou a idéia de direitos subjetivos universais, os direitos subjetivos não existem em abstrato e não podem ser conferidos *a priori* ao indivíduo. Somente diante de um conflito jurídico concreto é possível identificar quais são os princípios jurídicos adequados àquele caso específico em função das características únicas e irrepetíveis nele presentes. A partir dessa concepção de direitos subjetivos, que julgamos a mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, discutimos a questão do mérito acadêmico e a questão de se saber se as vagas no ensino superior podem ser encaradas como direitos subjetivos. Percebendo que o mérito acadêmico não é um dado natural e que só pode ser definido a partir de critérios selecionados dentre inúmeros outros critérios possíveis, argumentamos que não se pode afirmar que as vagas no ensino superior estejam fadadas a serem preenchidas a partir de um único método de seleção. A princípio, ninguém tem o direito à utilização de qualquer critério de seleção. Portanto, desde que o critério de preenchimento das vagas universitárias atenda a determinada necessidade social e possa ser defendido a partir de argumentos fundamentados de justiça, ele pode ser legítimo.



Deste modo tentou-se superar dois óbices postos contra a implementação de políticas públicas afirmativas no ensino superior, um que afirma o caráter racista dessas medidas e outro que identifica direitos subjetivos com bens e serviços do mercado. Neste terceiro capítulo discutiremos o significado do princípio constitucional da igualdade. Utilizando a expressão de Habermas, falamos numa reflexividade dialética entre igualdade de direito e igualdade de fato.<sup>288</sup>

Com Dworkin, defendemos até aqui que toda aplicação das leis deve significar não apenas a aplicação de regras específicas, mas sim a aplicação dos princípios gerais que ordenam e conferem integridade ao direito tornando-o um sistema íntegro dotado de coesão e coerência interna, isto é, toda aplicação do direito em última análise deve se remeter à efetivação, no caso concreto, dos princípios constitucionais. Portanto o desafio de aplicar qualquer política afirmativa é demonstrar que ela respeita, e dá cumprimento, aos princípios constitucionais de liberdade e igualdade. O desafio do aplicador do direito é descobrir o que cada um desses princípios exige em cada caso específico. A dialética consiste em apreender reflexivamente concepções antagônicas de liberdade e igualdade.

De acordo com a perspectiva adotada, esses princípios podem ter diferentes significados. Assim, uma mesma lei pode contemplar certa concepção de igualdade, mas violar uma concepção oposta. O direito ficaria assim submetido a uma compreensão meramente ideológica? A análise de constitucionalidade dependeria portanto da ideologia consagrada na Constituição ou pelos intérpretes da Constituição?

Habermas tenta responder a essas questões recorrendo ao conceito de paradigmas do direito. Como mencionado nos capítulos anteriores, de acordo com

---

<sup>288</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia*, vol. II, p. 147.

Habermas o direito moderno pode ser descrito a partir de três paradigmas preponderantes, um paradigma Liberal, um paradigma Social e um terceiro que Habermas chama Democrático.

Os dois primeiros expressariam ideologias opostas, pois trazem em si o próprio conteúdo do direito. Cada um deles, sob perspectivas distintas, define a substância dos princípios constitucionais. Sob a perspectiva Liberal a igualdade cede espaço à liberdade, de modo que aquela é compreendida apenas como igualdade formal perante a lei. Obedecendo ao modelo do mercado, pressupõe-se que todos os cidadãos são concorrentes num mercado ideal, cabendo a cada um o uso de sua liberdade. Ser tratado como igual significa não existir qualquer interferência sobre a liberdade pessoal. Por outro lado, sob a perspectiva do paradigma Social, é a liberdade que se retrai, cedendo espaço a medidas de equiparação material, esta significando antes de tudo igualdade de recursos. Para compensar as desigualdades de oportunidades, riqueza, saúde, etc., limita-se a liberdade de ação dos indivíduos para equilibrar suas diferenças.

Sob o paradigma Liberal, qualquer interferência na liberdade dos indivíduos e qualquer política de equiparação material serão consideradas inconstitucionais. Sob o paradigma Social, qualquer política que tenha por objetivo equiparar artificialmente situações materiais díspares será considerada constitucional. A análise de constitucionalidade é dirigida por um valor político, ora individualista, ora comunitarista. Para o primeiro o exame de constitucionalidade privilegia o princípio da liberdade, do qual a igualdade seria derivada. Para o segundo o exame de constitucionalidade privilegia a igualdade, sem a qual não é possível o indivíduo dispor de sua liberdade. Assim, a questão da constitucionalidade é resolvida *a priori* a qualquer situação de aplicação.

Já o terceiro paradigma se pretende procedimental porque não estabelece o conteúdo definitivo do direito. Ele não pretende ser uma síntese dos dois anteriores nem atingir qualquer meio termo entre eles. Por ser procedimental, trata as perspectivas anteriores como argumentos que disputam primazia em cada situação de aplicação. Assim, o conteúdo do direito varia de acordo com o caso concreto. Sob certas circunstâncias pode prevalecer uma decisão de cunho Liberal. Mas sob outras, prevalecem razões de conteúdo Social. Não se pretende ponderar princípios nem encontrar um implausível termo médio. São as situações do caso concreto que determinarão qual o conteúdo que deve prevalecer, afastando-se integralmente o argumento contrário. Essa assim chamada *dialética* não se resolve numa síntese final absoluta, à maneira de Hegel. Não há um sentido inerente ao processo, nem muito menos qualquer determinismo histórico. Trata-se, como se afirmou, apenas de um procedimento que deve ser retomado a cada situação de aplicação e que poderá chegar a respostas diferentes de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Porém fica uma dúvida. Se todo paradigma representa um filtro para o conhecimento, um pano de fundo do saber, enfim, se o paradigma é algo que nos cega, não seria uma contradição afirmar a possibilidade de um paradigma que se reconheça e se enxergue como paradigma? O que significa afinal um paradigma não ideológico? Ao defender um paradigma democrático Habermas não estaria também defendendo uma determinada ideologia? Ainda que o modelo procedimental admita que o conteúdo da liberdade e da igualdade devem ser variáveis de acordo com o contexto, entender que a análise de constitucionalidade exige o respeito ao fundamento democrático desses princípios não seria a afirmação de uma ideologia ocidental e datada?

Nos itens a seguir tentaremos demonstrar como um paradigma do direito pode ser reflexivo e como o intérprete do direito pode transcender contextos locais no processo de aplicação do princípio constitucional da igualdade.

### **3.2 O CARÁTER DEMOCRÁTICO DO DIREITO MODERNO: DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA À FILOSOFIA DA LINGUAGEM**

Dworkin trata os princípios democráticos de liberdade e igualdade como orientadores da argumentação jurídica. Porém, não esclarece de forma precisa e explícita como o aplicador do direito tem acesso aos princípios ordenadores do sistema. Não deixa claro por qual razão esses princípios orientam a argumentação jurídica no sentido de se afirmar a liberdade e a igualdade. A primeira impressão que pode ficar da obra de Dworkin é que sua teoria, apesar de criticar o fundamento cultural e historicista do positivismo de Hart, estaria por demais entrelaçada à história constitucional dos Estados Unidos. Numa leitura apressada pode parecer que Dworkin, ao reconstruir a história institucional do direito americano, está a assumir que o constitucionalismo, por ter sido moldado a partir das experiências revolucionárias dos séculos XVII e XVIII que inauguraram a tradição democrática fundada nos princípios de liberdade e igualdade, diria respeito apenas à tradição constitucional de democracias já consolidadas e pouco teria a dizer acerca do direito em países que não partilharam dessas mesmas experiências.

Parece ser relativamente fácil vislumbrar a presença de um discurso de defesa de direitos universais de liberdade e igualdade no mito de *pais fundadores* que fogem do

absolutismo inglês com o objetivo de poder exercer sua liberdade de religião e de fundar no Novo Mundo uma nova terra prometida em que se garantiriam a todos a oportunidade de se livrar da opressão das dinastias e nobrezas, e se atingir o sucesso pelo talento individual. Essa mitologia genealógica dos *pais fundadores* que se libertam do jugo colonial para criar uma nação republicana, sem títulos de nobreza e na qual todos seriam iguais, sem dúvida é compatível com uma interpretação constitucional pautada pelo resguardo à liberdade e à igualdade. Mas onde não existe nem essa mitologia nem qualquer culto genealógico a nenhum passado libertário, o caráter democrático do direito não seria tão óbvio ao primeiro olhar.

Ficariam portanto as seguintes questões: como recorrer àqueles princípios de liberdade e igualdade em países de pouca experiência democrática ou com tradições autoritárias ainda presentes? Os direitos subjetivos pautados pela liberdade e pela igualdade poderiam ser assegurados em países sem a mesma tradição democrática? A afirmação de princípios jurídicos democráticos somente seria possível em contextos democráticos? A obra de Dworkin seria por demais contextualizada na tradição liberal americana e portanto incapaz de abranger outros contextos em que esse liberalismo não esteja tão presente? O direito como integridade seria então uma análise específica do direito americano e não uma teoria geral do direito?

Através de sua teoria discursiva do direito Habermas se propõe a responder a essas questões recorrendo àquela reconstrução paradigmática do direito. Ele se apropria da descrição do direito como integridade e concorda com as linhas fundamentais da teoria de Dworkin. Sem embargo, Habermas ressalta que essa teoria é fragilizada quando necessita explicar como o juiz ou aplicador do direito deve ser capaz de reconstruir a história jurídica e institucional que deve ser aplicada atentando para uma

infinidade de princípios eventualmente existentes. De acordo com Habermas, a teoria da integridade do direito exige que “cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta ‘indeterminação do direito’, apoiando sua fundamentação numa ‘teoria’. Essa teoria deve permitir a reconstrução racional da ordem jurídica de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios e ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral”. E prossegue esclarecendo adequadamente que “a tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios de justiça, mas na *procura* de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica *concreta* em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes”.<sup>289</sup> Esse esquema torna a tarefa do aplicador do direito uma missão hercúlea, pois exige que sejam previamente conhecidos todos os princípios jurídicos e todos objetivos políticos válidos que poderão influenciar na aplicação da norma.

Porém é o próprio Dworkin que reconhece que o direito não pode ser esgotado numa relação de princípios fundamentais, por mais extensa que seja. Por isso Habermas afirma que “Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que sua própria interpretação diverge de todas as outras”.<sup>290</sup>

---

<sup>289</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 261 e 263.

<sup>290</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia*, volume 1, p. 276.

Todavia, Habermas acredita que é possível retirar do aplicador do direito essa sobrecarga de expectativas a respeito de sua capacidade cognitiva e argumentativa se for compreendido que a atividade jurisdicional não é monológica, pois o juiz lida com argumentos já disponíveis no processo e no debate público acerca da questão controvertida sobre a qual precisa decidir. Ao confirmar ou rebater os argumentos das partes, o juiz está a dialogar com elas. E mesmo depois de prolatada a sentença sua decisão é devolvida ao debate público para que seja criticada pela sociedade. É certo que, ao decidir, o aplicador do direito traz implícitas em sua decisão seus preconceitos e sua visão de mundo, bem como os horizontes de sentido compartilhados pela sociedade e que influenciam seu próprio olhar. No entanto, seja qual for o conteúdo desse olhar, a decisão não pode deixar de se referir ao ordenamento positivo e suas instituições. As leis, bem como as decisões judiciais, são pois impregnadas dos discursos de justificação do direito predominantes em cada época. Por essa razão, as decisões jurídicas expressam o paradigma do direito adotado em cada período e é possível verificar a coerência da decisão com o ordenamento positivo percebendo até que ponto aquela decisão é uma *encarnação* daquele paradigma dominante. Isso poupa o intérprete do hercúleo esforço de comprovar a adequação da decisão a todas as esferas jurídicas ou ramos do direito que se repercutem naquele caso de aplicação.

Embora o paradigma Liberal e o paradigma Social sejam divergentes quanto ao conteúdo dos princípios constitucionais, eles não negam o caráter constitucional da sociedade e do direito modernos. Individualismo e Comunitarismo são ideologias orientadas por valores distintos, sob as quais o conceito de justiça depende dos valores consagrados em cada perspectiva. A predileção ora pela igualdade formal ora pela igualdade material determina o que é a justo ou injusto. Todavia, embora divergentes

quanto aos valores que devem ser priorizados na definição da justiça, ambos os paradigmas pressupõem que o direito moderno é estribado sobre princípios constitucionais.

Seja qual for o valor preferido ideologicamente, existe um substrato comum ou, pelo menos, um ponto de contato entre ambos. Se no conteúdo do direito esses paradigmas divergem, no que diz respeito à forma do direito eles se aproximam. Sob um paradigma, aplicar o princípio da igualdade com justiça é não interferir nas liberdades privadas. Já, sob o outro, pelo contrário, aplicar com justiça o princípio da igualdade é promover medidas de equiparação de recursos. Habermas então recua sua investigação do conteúdo para a forma do direito na expectativa de encontrar um procedimento através do qual seja possível ao intérprete do direito encarar o conteúdo dessas ideologias divergentes de forma reflexiva.

Habermas não nega que o direito tenha um conteúdo identificável, apenas aponta para a inadequação de se pretender definir o que é justo a partir de valores ou ideologias *a priori* a qualquer contexto de aplicação. Tanto Habermas quanto Dworkin rejeitam expressamente quaisquer perspectivas pretensamente *realistas*, segundo as quais o direito seria necessariamente ideologia de justificação do poder. Nesse sentido a teoria discursiva do direito se opõe aos pressupostos de qualquer *realismo jurídico* ou *direito alternativo*. Tanto o chamado realismo jurídico quanto o movimento do direito alternativo pressupõem que o direito é fruto exclusivamente de decisões políticas e que, portanto, os poderes constituídos, tanto o legislativo quanto os tribunais e juízes, ao definirem o direito estariam vinculados apenas às suas preferências ideológicas. Sob tal perspectiva a interpretação constitucional não seria mais que a expressão da ideologia dominante, pois não estaria vinculada a quaisquer limites internos. Contudo, como já



tratado no capítulo anterior, a Constituição não pode ser concebida apenas como a vontade do Supremo Tribunal, pois a aplicação do direito moderno justifica-se a partir de princípios contidos no próprio direito moderno. Tanto a sentença de um juiz monocrático quanto uma lei promulgada no Congresso Nacional são apresentadas sob a forma discursiva de embates entre razões e contra-razões que devem ser justificadas em vista do ordenamento vigente. Ou seja, qualquer ato jurídico criador deve justificar sua legitimidade apontando sua congruência com o sistema de direitos representado pela Constituição. Desse modo, uma lei não pode simplesmente negar vigência aos princípios da igualdade e da liberdade sob pena de serem excluídas do ordenamento por inconstitucionalidade. Mesmo a mais estratégica e autoritária das políticas não pode se assumir como tal perante o direito. Ainda que por trás de uma decisão política ou judicial existam objetivos excludentes, tal decisão só será admitida no ordenamento jurídico como constitucional se for passível de ser justificada em face dos princípios de liberdade e igualdade consagrados na Constituição. Assim, é pouco plausível sustentar que o direito possa ser fruto de mero decisionismo político, pois a estrutura do constitucionalismo estabelece que qualquer lei, ato administrativo ou judicial podem ser eliminados do direito se não comprovarem que estão de acordo com a Constituição. Não se trata de uma regra mágica ou infalível, mas de um procedimento que possibilita a cada parte envolvida em qualquer debate político ou processo judicial reivindicar da outra parte coerência com os princípios constitucionais. E ainda que num determinado caso venha a prevalecer uma decisão abusiva, o fato de ser obrigatoriamente fundamentada e publicada permite que seja criticada na esfera pública e que o debate permaneça vivo. Desnecessário lembrar que mesmo o Supremo Tribunal é forçado a rever precedentes e entendimentos fixados anteriormente.

Dado o caráter indeterminado da linguagem, o conteúdo dos princípios constitucionais permanece em aberto, de modo que só diante do contexto de aplicação será possível definir o que aqueles princípios constitucionais efetivamente exigem. Portanto, para a teoria discursiva, o direito não é um espaço vazio passível de ser colonizado por razões políticas, pois tem como conteúdo princípios universais que orientam a aplicação da justiça. O conteúdo do direito se consubstancia nos princípios constitucionais. Não obstante, para resistir a valorações ideológicas de qualquer matiz, o significado concreto desses princípios permanece aberto para que seja possível contemplar novos contextos e realidades não previstas pela norma.

Embora somente o caso concreto possa fornecer os elementos que definirão o que o princípio da igualdade exige em cada situação, é forçoso reconhecer que o constitucionalismo foi instituído sobre princípios de cunho democrático. A afirmação essencial de liberdade e igualdade promovida pelo constitucionalismo estabelece que as pessoas são responsáveis pelo seu destino individual, bem como pelo destino da sociedade em que vivem. Uma das principais inovações do constitucionalismo foi estabelecer uma nova titularidade para a soberania. Na medida em que se derrubam todos os fundamentos metafísicos ou tradicionais do poder, o conceito de soberania popular torna-se corolário lógico e imediato dos princípios universais de liberdade e igualdade. Se todo homem é livre e igual perante os demais, somente o povo, livre e igual, pode ser origem e fundamento do poder. Revela-se assim que os princípios constitucionais que estão na origem do Estado moderno estão imbuídos de um inafastável caráter democrático. A própria idéia de Estado de Direito está necessariamente atrelada à democracia. Qualquer que seja o contexto histórico vivenciado, a aplicação do direito, para ser coerente com o ordenamento positivo, deve

se remeter necessariamente àqueles princípios fundamentais de igualdade e liberdade. Como tais princípios estão na origem do Estado de Direito, os princípios jurídicos a serem considerados pelo juiz não são de sua livre escolha. Nem o legislador, nem o juiz, nem os celebrantes de um contrato cível ou comercial podem optar de maneira absolutamente discricionária acerca do direito que devem aplicar à circunstância concreta que têm diante de si. Há pois uma coesão interna entre a democracia e o direito moderno.<sup>291</sup>

Isso permite por exemplo que aqueles princípios sobre os quais se funda o constitucionalismo moderno não tenham validade apenas nos contextos em que foram elaborados, podendo ser utilizados em qualquer lugar onde haja um Estado de Direito, de tal sorte que a teoria discursiva do direito nos habilita a reivindicar, do mesmo modo que faz Dworkin, a aplicação dos princípios de liberdade e igualdade como sendo exigíveis universalmente, ou pelo menos em qualquer sociedade onde exista um Estado de Direito.

De acordo com essa tese, o recurso aos princípios democráticos contidos na Constituição não seria uma especificidade do direito ocidental, mas sim uma relação conceitual que marca o direito moderno, pelo menos a partir do advento do constitucionalismo. Onde quer que o direito positivo tenha completado seu processo de diferenciação funcional, a política necessita recorrer a argumentos de cunho democrático para obter legitimação, mesmo que de forma instrumental e estratégica.

Para Habermas a Modernidade também seria baseada numa racionalidade comunicativa que nos permitiria transcender contextos concretos. O fim das estruturas tradicionais de fundamentação metafísica do direito e da política advindo com a

---

<sup>291</sup> HABERMAS, Jürgen. *Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia*. In: HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro* – São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 293-305.

Modernidade teria liberado não apenas uma racionalidade instrumental e estratégica que caracteriza o capitalismo, como também uma racionalidade comunicativa pautada sobre a necessidade do entendimento. Para a sociologia clássica, principalmente sob a influência marxista, a Modernidade representaria a liberação de uma racionalidade instrumental, pautada apenas pelas estratégias necessárias à realização de objetivos individuais. Max Weber não diverge da tese de que a modernidade é dominada por uma razão instrumental e estratégica. Ao estudar a sociedade moderna, Weber postula, entretanto, que a razão instrumental teria sido possibilitada por uma determinada ética tradicional e pela centralização do Estado ocorrida no período Absolutista. Tanto a ética protestante como o discurso de legitimação do direito divino são expressões de racionalidades tradicionais, de conteúdo místico. Entretanto, Weber entende que mecanismos como esses, através de uma *astúcia histórica*, teriam possibilitado a instauração de uma nova forma de racionalidade tipicamente estratégica exigida pelo capitalismo. Sem embargo, uma vez instauradas as condições do capitalismo, aquelas racionalidades tradicionais cederiam seu lugar à razão instrumental tipicamente moderna.

Porém, Habermas, sem negar o papel decisivo e absorvente da razão instrumental, aponta que, além dela, também existe uma razão comunicativa subjacente às práticas sociais. Embora não seja preponderante, seria possível identificar que as relações sociais estão voltadas para o entendimento. Uma ação voltada para o entendimento não significa a existência de boa-fé entre as partes. Não significa uma forma idealizada de comunicação entre os homens. Significa tão somente que o fato de as pessoas se comunicarem exige a possibilidade da compreensão. Qualquer falante só se dirige a uma outra pessoa porque pressupõe que este é capaz de compreender o que é

dito. Todas as práticas sociais baseadas na comunicação são baseadas no pressuposto de que é possível que o outro entenda o que digo e o que faço. Mesmo quando um bandido ameaça sua vítima, isto é, mesmo numa situação de uso absoluto da força e da opressão, o bandido só profere a ameaça porque pressupõe que a vítima o compreenderá e se comportará da forma que ele a quer obrigar.

Mesmo a razão instrumental só é viabilizada porque os agentes sociais relacionam-se comunicativamente. O fato de a linguagem poder ser abusada, ao ser utilizada para enganar ou oprimir, prova o caráter comunicativo das relações sociais, pois só é possível enganar e ludibriar porque as partes pressupõem que a linguagem existe para o entendimento e que aquilo que se fala corresponde às reais intenções do falante. Mesmo um ditador só pode governar se for competente em convencer as pessoas de que ele é o melhor para o povo, isto é, se for capaz de se legitimar com base na própria soberania popular. Ao célebre estadista francês, Charles-Maurice de Talleyrand, atribui-se uma emblemática parêmia que ilustra isso com nitidez: *on peut tout faire avec les bayonnettes excepté s'y asseoir*, ou, tendo-se as baionetas pode fazer-se tudo, exceto sentar-se nelas. Em outras palavras, nenhum governo pode manter-se só pela força nem pretender transformá-la em seu único estrado.

O pragmatismo de um sobrevivente político como Talleyrand, que conseguiu manter seu prestígio e influência nos mais diferentes contextos,<sup>292</sup> é prova de que, ao contrário do que eventualmente se afirma sobre a teoria discursiva do direito de Habermas, esta coesão interna entre direito e democracia não significa a “idealização”

---

<sup>292</sup> Talleyrand tornou-se personagem quase lendária por ter sido capaz de ser bispo no Antigo Regime, prefeito de Paris no período revolucionário, ministro durante o governo de Napoleão, ministro durante a Restauração dos Bourbons, presidente do Conselho de Estado depois do segundo governo napoleônico e por fim diplomata durante o período da monarquia constitucional.

do Estado de Direito, mas sim uma relação conceitual indissociável que implica que todos os Estados Modernos, mesmo as ditaduras mais autoritárias, precisam recorrer a discursos democráticos para obterem legitimação, tal como ocorreu com o nazismo e o comunismo cujos discursos estão excessivamente carregados de expressões como “espírito do povo”, “vontade popular”, “governo do povo”, etc.

Com a instauração do Estado de Direito os discursos de legitimação do poder baseados na pura tradição ou em justificações de ordem cosmológica ou religiosa tornaram-se insustentáveis e foram substituídos pelo conceito de soberania popular, de sorte que o poder político passou a necessitar de uma justificação democrática. Evidentemente ocorre o uso instrumental desse discurso de legitimação, como fica claro com os exemplos do fascismo, do comunismo e de outras ditaduras. Mas a necessidade de recorrer a discursos democráticos, ainda que para enganar, só comprova a tese de que a legitimação democrática é indissociável do Estado de Direito. Mesmo o fascismo mais totalitário tenta sempre se legitimar sobre discursos que passam a idéia de que seria o desejo da maioria do povo. No Brasil, por exemplo, a inexorável necessidade de se recorrer ao discurso democrático, ainda que de forma instrumental, como forma de obter legitimação está bem explícita nas exposições de motivos dos Atos Institucionais. Por exemplo, no AI nº 1, de 1964, as Forças Armadas paradoxalmente justificam o golpe de Estado como uma defesa da democracia e afirmam que os chefes da revolução “representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular”. Por mais que as Forças Armadas dispusessem das baionetas e do apoio político e econômico das classes dominantes para tomarem o poder, o golpe precisou ser justificado em termos democráticos, ainda que num sentido perverso e estratégico, o que prova que no Estado de Direito instaurado a partir da Modernidade, mesmo a

implantação de uma ditadura, precisa se apresentar, e se legitimar, como se democracia fosse.

O uso ideológico do princípio da soberania popular põe em evidência o caráter lingüístico e comunicativo do direito. Os princípios constitucionais, como qualquer texto ou prática social, são passíveis de interpretação e contextualização. Entretanto, como qualquer interpretação, o uso e aplicação dos princípios democráticos ainda quando são feitos de acordo com contextos e tradições datadas e precisas, remetem a sentidos passíveis de universalização. Isto é, mesmo se dando em concreto, a aplicação da Constituição nos remete a situações e valorações que transcendem seu próprio contexto.

Essa tese pressupõe uma mudança de paradigmas na filosofia, afastando-se da filosofia da consciência em nome de um novo modelo baseado na linguagem. No Estado Social se teria presenciado a crise na filosofia da consciência, o que fez com que emergissem nesse período novos modelos de análise da sociedade e do direito. Como se expôs no segundo capítulo, o individualismo liberal surgido na Modernidade traz em si reminiscências de ordem metafísica, como a idéia de direitos inatos reificados na razão do indivíduo. A crise na filosofia da consciência emerge exatamente da impossibilidade de se sustentarem aquelas idéias típicas do racionalismo iluminista numa época que presenciou a desconstrução dos fundamentos metafísicos da ciência e o desencantamento daquela fé na segurança e certeza do método científico que foi tão presente no século XIX. O próprio desenvolvimento da ciência comprovou a inadequação daquela esperança de que seria possível através de um método científico alcançar grandes sínteses que não só explicariam a sociedade, como permitiriam antecipar e prever rigorosamente seu futuro.

A ciência no século XIX foi marcada pela crença de que através da observação e da generalização dos resultados observados seria possível encontrar leis definitivas através das quais o cientista – inclusive o cientista social – poderia antecipar os resultados de qualquer experiência. Entretanto, no século XX o conceito de cientificidade foi posto em xeque, ruindo a fé numa suposta objetividade das ciências. O modelo indutivista da busca por leis definitivas é questionado por teorias que ressaltam o caráter subjetivo das explicações científicas e pela constatação que as descobertas científicas não obedecem a nenhum padrão determinista. Destaca-se a partir de então a natureza precária e provisória do saber científico.

De acordo com Karl Popper a atividade científica consistiria na elaboração de soluções necessariamente provisórias que estão inexoravelmente sujeitas à refutação e à falsificação. O saber científico perde seu caráter canônico ao ser submetido a uma sociedade aberta que pode a qualquer momento elaborar novas explicações e tornar falsa a explicação anterior. Paralelamente, Thomas Kuhn argumenta que a ciência não evolui pelo ininterrupto acréscimo de conhecimento, mas sim por rupturas, revoluções científicas, através das quais os modelos explicativos anteriores são rejeitados e substituídos por novos modelos baseados em novas formas de ver o mundo.

Ambas essas teorias dão relevância ao caráter subjetivo do trabalho científico, rejeitando a neutralidade do cientista frente ao experimento e apontando o quão significativa é a adesão da comunidade científica para o sucesso ou fracasso de cada novo paradigma científico. A ciência não evolui através da descoberta de verdades auto-evidentes provadas pelo experimento, mas por um processo comunicativo de convencimento e persuasão, pela adesão de uma comunidade científica que prefere alguma nova explicação por julgá-la mais convincente.



Gradualmente foi se demonstrando que as próprias ciências exatas estão também sujeitas às interpretações subjetivas dos cientistas. A imagem do cientista como indivíduo isolado em seu gabinete, mergulhado na procura da verdade definitiva através da observação imparcial, é substituída pela imagem de uma comunidade científica que produz o saber de forma coletiva e argumentativamente compartilhada.

Os resultados do experimento científico não são auto-evidentes, pois necessitam da interpretação do cientista, que os avalia a partir de pontos de vista determinados. Sobre o modelo individualista da consciência se sobrepõe agora o aspecto intersubjetivo do conhecimento, que se produz não de forma neutra e individual, mas pelo confronto de argumentos apresentados à comunidade científica através da publicação da produção acadêmica.

Como não poderia deixar de ser, a descoberta do aspecto intersubjetivo do conhecimento teve importantes reflexos na filosofia. Como intersubjetividade significa comunicação e toda comunicação se dá através de alguma linguagem compartilhada entre aqueles que se comunicam, a consciência individual perde a centralidade no debate filosófico, que passa a se interessar pela natureza lingüística do pensamento. A linguagem não é apenas um meio para designar a realidade. Ela também é performativa, isto é, a linguagem também tem caráter criador. Por exemplo, ao se realizar um contrato não se está apenas descrevendo coisas a se fazer. Estão se constituindo, criando, compromissos e expectativas entre as partes de que aquilo que se afirma deve acontecer, deve ser.

Os movimentos filosóficos da virada do século XIX para o século XX, como o pragmatismo e o positivismo, já reconheciam que a relação entre o sujeito e objeto do conhecimento é mediada pela linguagem. Charles Peirce indica uma nova direção à

filosofia ao reconhecer que só é possível pensar através de alguma forma de linguagem. No século XX esse projeto se completa através de duas correntes principais. Uma chamada *guinada pragmática*, desenvolvida a partir da obra Ludwig Wittgenstein, focalizada na especificidade e localidade da linguagem. E outra corrente, designada *guinada hermenêutica*, centrada na obra de Hans-Georg Gadamer, que enfatiza a generalidade e universalidade da linguagem.

As ciências sociais em geral, talvez motivadas por certo complexo de inferioridade em relação às demais ciências, estabeleceram como projeto garantir para si a mesma segurança do conhecimento que se julgava existir principalmente nas ciências exatas. Como expressão desse intuito, Bertrand Russell, por exemplo, tenta conectar a filosofia ao discurso científico então vigente, pretendendo aproximar as ciências do espírito das ciências chamadas positivas ou materiais. A filosofia deveria ser construída sobre fundamentos exteriores à filosofia, pois seriam mais sólidos e seguros.

O objetivo dos primeiros autores que se preocuparam com o aspecto lingüístico do pensamento, como Edmund Husserl, foi como que *domar* a linguagem. Pois se a linguagem é o objeto de estudo do filósofo, e dos cientistas sociais em geral, aquela pretendida certeza científica só seria alcançada se o cientista social pudesse manter com seu objeto de estudo a mesma relação – que até então se acreditava neutra e imparcial – que um físico manteria com seus experimentos num laboratório. Antes do surgimento de estudos como o de Thomas Khun, que criticaria a pretensa neutralidade da ciência, acreditava-se que a investigação científica seria rigorosamente imparcial e o cientista um observador neutro e distante, cuja observação não interferiria nos resultados do experimento. Portanto, para que os resultados da investigação social fossem sólidos, seria necessário construir uma linguagem neutra que pudesse informar apenas fatos

imunizados contra quaisquer opiniões ou dados valorativos que pudessem comprometer a imparcialidade e neutralidade dos resultados apresentados.

Husserl pretendeu elaborar uma ciência de essências, encontrando em cada fato concreto que nos chega ao pensamento algo de universal e invariável. Ao contrário do indutivismo, essas essências não seriam generalizações obtidas pela observação de fatos concretos. Elas já estariam presentes na consciência e através delas é que seríamos capazes de apreender e identificar os fatos. Estes seriam realizações concretas de uma determinada essência universal pré-existente na consciência humana. Um projeto que poderia ser percebido quase como uma atualização da filosofia de Platão e seu mundo de idéias pré-existentes.

Porém, no fim de sua vida Husserl publica uma obra sobre a crise nas ciências, e dá indícios que teria acabado por chegar a conclusões opostas às que buscava em seu projeto inicial. Ele constatou que os sentidos e significados dos fatos só são estabelecidos dentro daquilo que chamou *mundo da vida*. O *mundo da vida* é aquele conjunto de saberes subjacentes ao trabalho científico, mas que entretanto não são tematizados pela ciência. O jurista, por exemplo, trabalha cientificamente com leis e julgados. Contudo, sob as leis e julgados está todo um mundo de sentimentos e intenções que, não obstante dêem sentido ao seu trabalho, escapam de sua atenção. Esse conjunto de saberes e preconceitos é desapercebidamente incorporado de modo subliminar. Está de algum modo presente nas conclusões da ciência, porém sem reflexão ou tematização. Vez que o trabalho científico, assim como qualquer linguagem, sempre está inserido num contexto, não seria possível encontrar nenhuma essência invariável, e muito menos nenhum sentido unívoco, imune a usos locais ou protegido contra os diversos significados que o *mundo da vida* lhe possa atribuir.

Esse aspecto do uso local da linguagem é investigado de forma mais profunda por Wittgenstein, que dá relevância às práticas lingüísticas de cada comunidade e cada segmento social. Seu trabalho enfatiza o aspecto *pragmático* da língua, isto é, seu uso. Para Wittgenstein a linguagem não serve apenas para representar a realidade, mas também para criá-la, como no exemplo da realização de um contrato, ou ao se dar uma ordem, negar um pedido, agradecer ou cumprimentar. O que se quer ressaltar aqui é que sob o aspecto pragmático a linguagem pode ter uma multiplicidade infinita de usos que definiriam seu significado. Do fato da linguagem não poder ser pensada fora de um contexto de aplicação decorreria a impossibilidade de universalização de significados.

Mas contrariamente à tese de Wittgenstein, Gadamer aponta o sentido *hermenêutico* da linguagem. Em cada uso local seria possível encontrar algo de comum, algo de universalizável, algo que possibilita a comunicação entre os diferentes *mundos da vida*. Prova disso seria o fato de que é sempre possível traduzir os significados locais entre linguagens distintas. Embora, em concreto, cada comunidade lingüística atribua um sentido específico a cada palavra, usando-a de forma única, há algo que permeia o uso que dela se faz e que permite que essa palavra, ou pelo menos o sentido no qual é usado, possa ser explicada para pessoas que estão totalmente fora do contexto no qual é usada. Toda linguagem, por ser comunicação, é estruturada sobre sinais compartilhados coletivamente, isto é, uma linguagem só é capaz de comunicar porque é pública. E por ser pública, a estrutura da linguagem nos dota da capacidade de compreender e falar, ou melhor, de traduzir nossos sentimentos e pensamentos ao outro.

Assim, apesar da linguagem existir para ser usada pragmaticamente em concreto e de seu sentido só poder ser definido no contexto específico em que é usada, o fato dela existir para comunicar permite a possibilidade de ser traduzida, o que significa que a

linguagem também pode transcender seu contexto original, isto é, paralelamente à validade local das conotações específicas da linguagem, há implícita a possibilidade de universalização. Quando profiro a palavra *casa* diante de ouvintes provenientes das mais diversas origens, certamente cada um deles atribuirá àquela palavra o sentido que lhe for mais familiar. Ao ouvi-la, um jurista talvez pense no conceito de domicílio, enquanto um arquiteto ou um engenheiro pensasse numa construção civil. Um camponês talvez imaginasse uma choupana, enquanto um morador de uma metrópole visualizasse um apartamento. Um esquimó poderia pensar num iglu, ao passo que um ianomâmi eventualmente se lembraria de uma oca coletiva. Apesar de todos esses significados serem muito específicos e bem diferentes entre si, existe um substrato semântico que remanesce em todos eles e permite que a palavra seja traduzida para todos aqueles diferentes contextos e que todos possam compreender o significado em que a estou a usar. A natureza pública da linguagem e sua intrínseca função comunicativa fazem com que exista algo de universalizável em cada uso local.

A teoria da ação comunicativa de Habermas parte exatamente dessa dupla guinada na direção da filosofia da linguagem e encontra aplicação prática em sua teoria discursiva do direito e do Estado de Direito. Estruturando-se sob a forma de linguagem compartilhada, as normas jurídicas podem ser compreendidas para além de seus contextos concretos. Por ser capaz de transcender contextos o ser humano é capaz de refletir sobre sua própria história e sua própria experiência. É a capacidade lingüística de refletir sobre suas ações que distingue a conduta humana e lhe confere historicidade.

Compreendendo-se que o Estado Moderno inaugurou um direito fundado na soberania popular e em princípios constitucionais de caráter democrático, compreende-se que qualquer Constituição, de qualquer Estado de Direito, é dotada do mesmo

fundamento democrático, e que qualquer cidadão, de qualquer país onde exista o direito positivo, mesmo atrelado a longínquas tradições autoritárias, pode reivindicar para si a aplicação dos princípios constitucionais de liberdade e igualdade. Se por um lado a aplicação dos princípios de uma dada Constituição concreta necessariamente é feita a partir do contexto histórico e sociológico no qual está inserida certa tradição jurídica, por outro lado, ao aplicar princípios que se pretendem universais, se está também a transcender o contexto concreto e a incrementar aquela tradição jurídica com novas aquisições evolutivas.

Por isso Habermas pode pretender que não apenas aqueles que, como Dworkin, são herdeiros de uma longa tradição democrática poderiam reivindicar que a integridade do direito deva se dar por meio de princípios democráticos que orientam a aplicação da justiça para a afirmação da liberdade e da igualdade. A Alemanha, por exemplo, é um país de forte tradição autoritária e com uma longa história de governos fortes. Entretanto, mesmo lá Habermas entende possível afirmar que o que confere integridade ao ordenamento são os princípios constitucionais de caráter democrático, sem qualquer receio que isso possa ser a importação de valores estrangeiros. Vez que o direito moderno é fundado sobre a soberania popular, a afirmação do Estado de Direito e dos princípios constitucionais sempre remeterá à afirmação de valores democráticos.

Desse modo, a adoção de um paradigma democrático indica não uma preferência ideológica similar aos paradigmas Liberal e Social, pois se sustenta no próprio fundamento do Estado de Direito. Evidentemente, no entanto, o Estado de Direito também é uma experiência histórica. Poderia não ter sido assim a afirmação do direito positivo. Entretanto, independente de inúteis discussões causais, é possível afirmar com segurança que o Estado de Direito foi erigido sobre princípios constitucionais de caráter

democrático. Casualmente aconteceu de que a Modernidade foi instaurada pela afirmação de princípios democráticos que não podem ser separados do conceito moderno de Estado. O significado desses princípios tem variado ao longo do tempo e de acordo com as ideologias preponderantes. Todavia, a forma do direito tem se mostrado constante. E é com base nessa premissa que se abandona a pretensão de encontrar o conteúdo substantivo da justiça e se passa a almejar encontrar a legitimidade através da legalidade dos procedimentos.

O recurso ao conceito de paradigmas do direito permite então que o aplicador do direito se desobrigue daquela tarefa hercúlea de a todo instante reconstruir a história institucional do direito para demonstrar como sua decisão é a melhor realização da justiça no caso concreto. Ao aplicar o direito o juiz, o administrador público e o cidadão podem justificar sua decisão remetendo-a ao fundamento democrático dos princípios constitucionais. Assim, a decisão será considerada tanto mais legítima quanto for capaz de revelar como ela realiza em concreto aqueles princípios constitucionais universais que existem em abstrato. Ao invés de ter que demonstrar que a decisão está de acordo com uma série infinita de princípios jurídicos, o aplicador do direito deve demonstrar como aquela decisão realiza em concreto o fundamento normativo da sociedade, isto é, como aquela decisão dá significado à Constituição.

Quando um paradigma não descreve a si próprio, ele não permite perceber-se como aquilo que é: apenas um discurso de fundamentação do poder. Dessa maneira os paradigmas substancialistas não se percebem como paradigmas, mas como verdades naturalizadas, o que lhes permite chegar a conclusões definitivas acerca do que é seria a justiça. Entretanto, em razão daquela nossa capacidade comunicativa de transcender contextos, também somos capazes de reconhecer que qualquer paradigma, inclusive o

democrático, é apenas um dentre tantos outros possíveis discursos de fundamentação do poder. Na medida em que o fundamento do conhecimento migra da consciência do indivíduo atomizado para os fluxos de comunicação compartilhados pela sociedade, isto é, na medida em que se percebe que o pensamento, por ser estruturado lingüisticamente, é produzido de forma intersubjetiva, se desenvolve a capacidade de refletir sobre o próprio conhecimento. O potencial crítico embutido em qualquer ato reflexivo desperta no sujeito a possibilidade de se questionar e de rever – ou reafirmar – sua própria história.

A única característica que distingue o paradigma democrático dos demais é que esse se sabe paradigma. É um modelo de fundamentação do poder que reflete sobre si mesmo, abrindo espaços para a crítica constante acerca de seu próprio discurso. Infelizmente o paradigma democrático do direito às vezes é descrito de forma personalizada, quase metafísica, como se fosse um *fiat*, uma passagem mágica para um mundo de direitos constitucionais efetivos, como se afirmação do Estado Democrático de Direito no texto constitucional garantisse por si só um novo padrão de aplicação do direito e da justiça. Todavia o paradigma democrático é muito menos ambicioso. Aliás, a única possibilidade de manter-se um discurso não ideológico de interpretação do direito é estar sempre aberto à reflexão crítica e aos argumentos provenientes de toda parte.

De acordo com o modelo discursivo, a legitimidade do direito é alcançada não quando se privilegia um dado princípio em detrimento de outro, mas quando ambos podem concorrer sendo igualmente levados a sério no momento de aplicação da justiça. Entretanto, não concorrem como valores que pretendem primazia absoluta, mas como argumentos. Os valores políticos concorrentes na esfera pública não são tratados



democraticamente quando encarados em termos de certo e errado. Os valores concorrentes na esfera pública só são tratados de forma democrática quando, respeitando-se a coexistência de todos, se decide qual deles é mais *adequado* a uma situação específica. Tratados em termos de adequação, a validade abstrata dos princípios não é negada nem minorada, podendo ser reivindicada a aplicação de um princípio ora preterido como sendo o mais *adequado* quando se estiver diante de condições de aplicação diversas. Ao criticarem-se reciprocamente, os argumentos divergentes permitem a autocrítica do próprio paradigma.

O procedimento democrático não se estabiliza em respostas de valor, mas no processo que abre possibilidade para o constante questionamento. Assim a velha questão de se saber qual concepção, formal ou material, de igualdade que deve prevalecer é posta de lado, para se assumirem ambas as concepções como argumentos abstratamente válidos aos quais se recorrerá sempre que for necessário legitimar as decisões jurídicas. Nos casos difíceis, o aplicador do direito pode tentar descobrir qual a melhor resposta ao litígio recorrendo ao discurso de fundamentação do direito. Dado que o Estado de Direito foi instaurado sobre o princípio da soberania popular, aquele discurso de fundamentação deve assumir a forma de um paradigma que democraticamente trate com igual consideração e respeito todas as concepções de bem viver e todos os valores políticos. Nesse processo, os discursos éticos locais servem como limites uns dos outros, permitindo que a esfera pública não seja colonizada por nenhum deles. “Com isso”, afirma Habermas, “atingimos o núcleo do paradigma procedimentalista do direito. (...) O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age

intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos”.<sup>293</sup>

Um exemplo mais claro da concepção democrática e não ideológica dos princípios constitucionais pode ser dado tomando-se o art. 1º, IV, da Constituição, que elenca dentre os princípios fundamentais da república “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Aparentemente a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho são princípios contrários. E de fato esses princípios têm sido historicamente tidos como excludentes. Sob uma perspectiva Liberal a livre iniciativa teria primazia, estando o valor social do trabalho subordinado a ela. Já sob uma perspectiva Social, ou Comunitarista, o valor do trabalho tem precedência e a livre iniciativa deve ser limitada sempre que oferecer um risco para aquele princípio Social. Todavia, democraticamente, a Constituição de 1988 não opta por nenhum deles. Ambos estão previstos igualmente não só no mesmo artigo como no mesmo inciso da Constituição, dando a entender que gozam do mesmo *status* e são, ambos, igualmente primordiais para o direito.

Diante de algumas situações concretas, a livre iniciativa será privilegiada. Isso poderá se dar sempre que o livre fluxo do mercado contribuir com a organização mais justa da sociedade. A livre iniciativa é, aliás, a regra geral nos negócios jurídicos, deixando aos cidadãos a liberdade para definirem o próprio destino. Porém, em certas situações de desequilíbrio de recursos econômicos ou processuais, a livre iniciativa é afastada, admitindo-se a ingerência estatal nos negócios privados. É o que se dá, por exemplo, nas relações de consumo e nos contratos trabalhistas em que se corre um maior risco que uma das partes abuse de seus direitos. Mas mesmo no âmbito do Direito

---

<sup>293</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, volume II, p. 186.

do Consumidor ou do Direito do Trabalho, a situação concreta deverá ditar a aplicação do direito, pois tanto o consumidor como o trabalhador podem sem dúvida abusar de seus direitos.

O paradigma democrático pretende superar uma limitação que até aqui tem estado presente em toda história do direito moderno, como já tratado no capítulo anterior: a identificação dos direitos subjetivos como se fossem coisas. Ao invés disso, Habermas propõe que os direitos devem ser interpretados como fluxos de comunicação, isto é, como relações sociais entre indivíduos. A aplicação da justiça requer um processo dinâmico e ininterrupto no qual nunca haverá síntese final, mas apenas decisões adequadas a cada caso.

Não havendo síntese final nem respostas definitivas, a legitimidade do processo só pode ser alcançada pela participação dos envolvidos. Por “fluxos comunicacionais” deve-se entender o trânsito de argumentos concorrentes na esfera pública. No caso da concorrência entre livre iniciativa e valores sociais do trabalho, esse fluxo pode ser exemplificado pela participação de empresários, trabalhadores e consumidores que, pressionando e reivindicando seus direitos, possibilitam a instauração de um procedimento crítico permanente. Mesmo quando um dado conflito é resolvido aplicando-se um princípio e afastando-se o outro, os argumentos vencidos continuam válidos em abstrato e podem ser acessados por uma sociedade civil vigilante sempre que surgirem pretensões abusivas.

De tal sorte, a produção de um direito legítimo exige que os potenciais interessados na decisão tenham possibilidade de estarem presentes na cena pública, trazendo seus argumentos e expondo-os à crítica, e que tais argumentos sejam levados à sério na fundamentação da decisão. Mesmo quando indivíduos ou grupos auto-

centrados confrontam argumentos é difícil que saibam se colocar no lugar do outro. E, mesmo que o façam e sejam capazes de compreender o direito alheio, isso não garante que estarão dispostos a abrir mão de seus interesses. Diante de tal impasse, a função jurisdicional consiste em considerar ambas as posições para decidir qual delas representa uma pretensão abusiva e qual delas deve ser legitimada pelo direito. Para fazer isso, o juiz necessariamente transcende os interesses em disputa naquele caso concreto e põe em questão a possibilidade de universalização de ambas pretensões. Isto é, o aplicador do direito sai da esfera restrita da lide e passa a discutir princípios.

Os princípios são normas de validade universal exatamente porque são abstratos. É o caráter de generalidade e abstração que permite que princípios como liberdade e igualdade possam ser universalmente aceitos. Isso não significa dizer que se deva procurar uma decisão mágica que tenha o poder de convencer as partes e, como que por encanto, fazê-las abrir mão de seus interesses e recuar de posições consolidadas. Quando Habermas fala sobre a *coerção do melhor argumento*, não está supondo que todas as pessoas mudam de idéia e abrem mão de seus interesses e preconceitos diante do esclarecimento proporcionado pelo debate. Ele apenas aponta que contra pretensões abusivas a esfera pública não tem outra defesa senão estar aberta aos argumentos contrários. O melhor argumento só pode ter força se todas as partes potencialmente afetadas por qualquer decisão pública estiverem presentes no debate. Só quando um argumento é exposto publicamente é que ele pode ser contradito, apontando-se eventuais falácias, contradições ou omissões. Quando uma pretensão é lançada na esfera pública, aquele que a defende é obrigado a sustentá-la com argumentos, a fundamentá-la em termos razoáveis, que possam ser aceitos por qualquer ouvinte.

No caso da discussão sobre o racismo, qualquer cidadão que entenda que as ações afirmativas não são justas porque no Brasil não há racismo, deve sustentar sua posição com argumentos. Ao fazê-lo está imediatamente abrindo a oportunidade para que outros cidadãos a confirmem ou contradigam, trazendo também a público argumentos e experiências que sustentem suas opiniões.

Ainda que existam de fato condições pessoais que restringem certas capacidades do cidadão, como uma doença ou deficiência física ou mental, a Constituição exige que tais cidadãos sejam incluídos no sistema jurídico e político e que suas reivindicações pessoais sejam respeitadas e levadas a sério. Quando um argumento fere essa condição elementar de coerência e respeito às regras do jogo democrático do qual pretende participar ele próprio está se excluindo do debate.

A exigência que o debate jurídico e político numa democracia seja feito a partir de argumentos passíveis de serem aceitos pelo outro não significa que as decisões só possam ser tomadas por unanimidade ou que se espere que, por mágica, todos os envolvidos num debate repentinamente abram mão de seus interesses. Um argumento é considerado passível de aceitação por todos os envolvidos não quando efetivamente obtenha a adesão de todas as partes, mas quando pode ser compreendido por todos, isto é, quando todos podem estar de acordo quanto aos pressupostos da linguagem, quanto às premissas do debate.

Diante de cada pretensão jurídica lançada a público, de cada enunciado, de cada ato de fala por assim dizer, todos os demais interlocutores só estarão dispostos ao debate se for constatada a ocorrência de três premissas básicas que por assim dizer são os três pressupostos da ação comunicativa. Essas premissas são três tipos de pretensões de

validade do enunciado: a pretensão de verdade, a pretensão de veracidade e a pretensão de correção normativa.

A pretensão de verdade diz respeito ao mundo objetivo compartilhado por todos os seres de existência natural, o mundo da ciência por assim dizer. Tal pretensão refere-se à adequação do enunciado lingüístico com aquilo que se pretende descrever. As partes não podem escolher de modo arbitrário os termos usados, pois só serão compreendidas se utilizarem termos e expressões que permitirão ao outro saber sobre o quê estão falando.

A pretensão de veracidade diz respeito à sinceridade das intenções, ou melhor, à adequação do que falamos objetivamente com aquilo que sentimos ou pretendemos internamente. As pessoas só estarão dispostas a se comunicar se acreditarem que aquilo que umas dizem as outras está em conformidade com suas reais pretensões. Isso não quer dizer que a comunicação só se dá entre partes de boa-fé, mas simplesmente que as pessoas só aceitam dar seu consentimento à pretensão de outrem se este for capaz de convencê-las de sua sinceridade. Um político corrupto só pode enganar seus eleitores se for capaz de convencê-los de que não os está a manipular. Um comerciante desonesto só será capaz de ter sucesso se seus clientes acreditarem em sua honestidade, pois caso fiquem desconfiados não farão o negócio. Enfim, o fato da linguagem poder ser usada para enganar só prova que ela é estruturalmente feita para comunicar, pois o sucesso da manipulação só é alcançado porque as partes dão seu consentimento acreditando na pretensão do interlocutor dissimulado.

Por fim, a pretensão de correção normativa, que diz respeito à adequação entre as normas que devem reger a conduta e o modo pelo qual efetivamente orientamos nosso comportamento em casos de conflito entre pessoas ou dilemas morais. Isto é, sempre

quando se lança a público um enunciado normativo qualquer, os interlocutores verificarão se, de fato, é esse enunciado que rege a conduta dos envolvidos e se as decisões são de fato pautadas por ele. Ao começar a trabalhar numa empresa ou repartição pública um jovem profissional avalia, por exemplo, se o sucesso profissional efetivamente está vinculado às regras de promoção e ascensão profissional que constam nos manuais ou regimentos do departamento ou se, não obstante a existência de tais manuais, o que determina a ascensão é a simpatia ou amizade que lhe devota o chefe. Enfim, diante de uma norma jurídica ou social, todo cidadão inevitavelmente é levado pelas circunstâncias a verificar se aquele enunciado realmente rege a conduta das pessoas.

Um argumento passível de aceitação não é pois aquele que será aceito unanimemente por todos os envolvidos, mas aquele que atender a esses três pressupostos da linguagem. As partes só aceitarão legitimamente um argumento se simultaneamente forem capazes de entender a quê ele se refere e acreditar que as intenções das partes são sinceras e que efetivamente pretendem reger-se pelas normas que declaram.<sup>294</sup>

Foi isso que se quis apontar quando se mencionou a coesão interna entre direito e democracia e se demonstrou que mesmo a mais totalitária das ditaduras é forçada a se apresentar publicamente como democracia. No Estado de Direito a forma de legitimação do poder necessariamente requer respaldo democrático. A necessidade que os governos autoritários têm de manipular a opinião pública e conseguir – nem que seja

---

<sup>294</sup> “Compreender uma pretensão de validade enunciada é poder conhecer as condições segundo as quais ela pode ser aceita ou não pelo ouvinte. Um ato de fala torna-se aceitável quando preenche todas as condições necessárias para que o ouvinte possa tomar posição diante da pretensão do locutor.” (ROMÃO, José Eduardo Elias. *Justiça Procedimental: a prática da mediação na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas* – Brasília: Maggiore, 2005, p. 121)

através da barganha e do clientelismo – o apoio das massas, só prova que todo poder público só se sustenta enquanto souber manter o apoio da maioria do povo.

É exatamente essa coesão do direito com a democracia que se tem por pressuposto quando se fala na coerção do melhor argumento. Não é mais possível sustentar argumentos deliberadamente excludentes. Mesmo a mais autoritária e corrupta das pretensões deve se apresentar de forma aceitável aos interlocutores. Ainda que existam intenções escusas, só se pode advogar bem uma causa revestindo-a com a aparência de justiça universal.

Isso não tem nada de irreal ou metafísico, pois é exatamente isso que acontece num processo judicial. Cada uma das partes pretende convencer o juiz de que seu interesse é o que *melhor realiza a justiça*. Cada uma delas tenta demonstrar, com argumentos, como sua pretensão é a melhor concretização de uma norma abstrata naquele caso concreto. Nunca se vê num processo judicial alguém afirmando que tem *direito de abusar* da outra parte. Pelo contrário, cada uma das partes tenta mostrar que sua conduta é a mais adequada à lei, e por isso teria um direito subjetivo, procurando provar, simultaneamente, que a conduta da outra parte constitui um abuso e, portanto, uma violação do direito. Ainda que uma das partes, ou mesmo todas elas, esteja agindo de má-fé, sempre precisará defender sua pretensão como se um direito legítimo fosse.

Dessa forma, o direito moderno é legitimado pela possibilidade de que os cidadãos dêem seu consentimento às normas jurídicas impostas. Mas só é possível obter assentimento de quem participa do debate. Logo, a condição mais elementar de um debate é a presença e a condição mais elementar para a produção de um direito legítimo é que todas as partes envolvidas possam *compreender* as normas jurídicas, naquele sentido de que possam estar de acordo com as premissas da norma enunciada. Assim, a



produção de um direito legítimo requer necessariamente a inclusão das diferenças. Só é legítimo um argumento se as demais partes interessadas puderem contradizê-lo. E, para isso, essas pessoas precisam estar presentes no debate.

Se nos paradigmas anteriores o problema da justiça era uma questão de apropriação ou distribuição de direitos reificados, sob o paradigma democrático a legitimidade do direito depende da ampliação da participação e mecanismos de inclusão.

O paradigma do direito centrado no Estado social gira em torno do problema da distribuição justa de chances de vida geradas socialmente. No entanto, ao reduzir a justiça à justiça distributiva, ele não consegue atingir o sentido dos direitos legítimos que garantem a liberdade, pois o sistema dos direitos apenas interpreta aquilo que os participantes da prática de auto-organização de uma sociedade de parceiros do direito, livres e iguais, têm que pressupor implicitamente. **A idéia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana.** Pois o aspecto distributivo da igualdade de *status* e tratamento, garantido pelo direito, *resulta* do sentido universalista do direito, que deve garantir a liberdade e a integridade de cada um. Por isso, **na sua respectiva comunidade jurídica, ninguém é livre enquanto a sua liberdade implicar a opressão do outro.** Pois a distribuição simétrica dos direitos resulta do reconhecimento de todos como membros livres e iguais. Esse aspecto do respeito igual alimenta a pretensão dos sujeitos a iguais direitos. O erro do paradigma jurídico liberal consiste em reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos. No entanto, os direitos não são bens coletivos consumíveis comunitariamente, pois só podemos “gozá-los” *exercitando-os*. Ao passo que a autodeterminação individual constitui-se através do exercício de direitos que se deduzem de normas *produzidas legitimamente*. Por isso, a distribuição equitativa de direitos subjetivos não

pode ser dissociada da autonomia pública dos cidadãos, a ser exercida em comum, na medida em que participam da prática de legislação.

O paradigma do direito liberal e o do Estado social cometem o mesmo erro, ou seja, entendem a constituição jurídica da liberdade como “distribuição” e a equiparam ao modelo de repartição igual de bens adquiridos ou recebidos.<sup>295</sup>

Liberdade e igualdade são coisas incompatíveis à primeira vista. O uso da liberdade compromete a igualdade.<sup>296</sup> A imposição da igualdade elimina a liberdade. Contudo, o paradigma democrático pretende ser o discurso que justifica a possibilidade de ambos os princípios existirem validamente no direito, sem estabelecer a primazia ideológica de nenhum deles. Ao se fazer isso se abre a possibilidade de respeito a todas as opções de vida e identidades culturais, pois o procedimento democrático requer que todos os argumentos existentes na esfera pública devem ser tratados com igual consideração e respeito. Por sermos comunicativamente capazes de transcender contextos existenciais concretos, a democracia nos permite analisar o potencial de verdade e adequação contido em qualquer cultura, em qualquer opção individual e em qualquer decisão política. Como conclui Habermas a respeito do paradigma democrático:

(...) divergindo do paradigma Liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo

---

<sup>295</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia*, vol. II, p. 159.

<sup>296</sup> “O princípio da liberdade de direito gera desigualdades fáticas, pois, permite o uso diferenciado dos mesmos direitos por parte de sujeitos diferentes; com isso, ele preenche os pressupostos jurídico-subjetivos para uma configuração autônoma e privada da vida”. (HABERMAS, J. *Direito e democracia*, vol. II, p. 155)

as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.<sup>297</sup>

A questão de se saber quais as exigências do princípio constitucional da igualdade se torna assim não o problema de se descobrir se a Constituição determina a igualdade formal ou material, mas sim de se definir qual dessas concepções da igualdade será a resposta mais justa ao caso concreto diante de uma discriminação específica.

---

<sup>297</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume II – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 190.

### **3.3 POLÍTICAS DE INCLUSÃO: REQUISITO INDISPENSÁVEL AO ESTADO DEMOCRÁTICO**

No nosso entender, o projeto de Habermas com sua teoria discursiva do direito é dar contornos definidos à sua teoria da ação comunicativa, ou melhor, é demonstrar como funciona a ação comunicativa na realidade e na prática social. Habermas se apóia em três premissas:

- a) apesar da crise do Estado Social, o retorno ao paradigma anterior, defendido pelo neoliberalismo, está obstruído, pois o que sustentava aquele paradigma eram as próprias condições históricas que vigoravam na época Liberal. Embora, evidentemente, possam permanecer, e efetivamente permanecem, vestígios daquela racionalidade, ela não se sustenta mais como um paradigma, pois os próprios fracassos e crises são experimentados e vivenciados como aprendizado,<sup>298</sup> comprometendo sua manutenção como um discurso geral de justificação do poder e do direito (mesmo o mais ferrenho defensor do neoliberalismo não negaria, por exemplo, a legitimidade de uma política intervencionista tipicamente social como a proteção do consumidor).
- b) Os exageros do Estado Social nos incitam a redescobrir o indivíduo, pois o programa de promoção de direitos como se fossem mercadorias transformou o cidadão em cliente, condenando o cidadão que se pretendia emancipar num dependente crônico e incapaz.
- c) Todavia, dadas as condições concretas de exploração e discriminação que de fato ocorrem na realidade social e que exigem resposta do direito e da política,

---

<sup>298</sup> GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica* – 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

“o projeto do Estado social não pode ser simplesmente congelado ou interrompido: é preciso continuá-lo num nível de reflexão superior”.<sup>299</sup>

É com o objetivo de promover essa reflexão superior que se defende a aplicação do direito a partir de um paradigma reflexivo, isto é, que abra a possibilidade para que os intérpretes reflitam sobre suas condições de validade e legitimação, sem dá-las como pressupostos anteriores ao direito. A experiência histórica nos nega a possibilidade de desconsiderar as diferenças materiais e sua influência no exercício da liberdade. Assim, a sociedade deve decidir em que situações, e sob quais condições, a igualdade formal deverá ceder a políticas de equiparação material.

O argumento social critica a indiferença para com desigualdades de oportunidades que produzem discriminação e injustiça. O argumento liberal permite criticar a tendência comunitarista em congelar as desigualdades presentes em políticas assistencialistas que tornam o cidadão dependente do Estado. Se não é possível interromper a promoção de direitos, vez que são os próprios cidadãos que a demandam, uma atitude reflexiva exige do intérprete atenção para com as condições especiais do caso concreto para decidir quando a igualdade formal é discriminatória e quando uma política de equiparação é abusiva.

A aplicação do princípio da igualdade sempre estará relacionada, desta maneira, à delimitação da autonomia pública e da autonomia privada, pois o resultado da aplicação definirá quando a liberdade individual pode ser restrita pela necessidade de proteger a liberdade de um outro discriminado. Isto é:

Pode-se interpretar a querela histórica que opõe os paradigmas jurídicos do liberalismo e do Estado social como uma disputa sobre essa demarcação [do

---

<sup>299</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia*, vol. II, p. 147-148.

espaço das autonomias pública e privada] e, deste modo, sobre os respectivos critérios da igualdade de tratamento. Entrementes, ao tornar-se reflexiva, essa disputa pôs fim à predominância natural de qualquer um desses paradigmas. Por isso, é preciso decidir caso a caso, se e em que condições o tratamento jurídico igual das pessoas, privada e publicamente autônomas, exige equiparação fática.<sup>300</sup>

O paradigma democrático não significa pois um óbice a políticas de equiparação material. Pelo contrário, foi a própria experiência democrática que exigiu o surgimento de tais políticas. Não intervir também é uma decisão política que tem implicações sobre a liberdade dos cidadãos, ou melhor, a não intervenção também é uma política pública. Já que a não intervenção opera em favor de uns e contra outros, não se sustenta mais a ilusão de neutralidade administrativa de um Estado Liberal. Por isso a questão não é mais se é devido intervir, mas quando e como intervir. O que o procedimento democrático revela é a necessidade de atenção crítica para que as políticas de equiparação funcionem não como meras prestações de serviços e alocação de bens, mas sim como instituidoras de mecanismos e canais de participação dos excluídos.

Esse ponto nos faz despertar a atenção para políticas de equiparação por demais abrangentes e que desconsideram as especificidades de situações distintas, como é o caso da Lei Distrital 3.788, de 02/02/06, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial no Distrito Federal, cujo art. 12 dispõe que “será estabelecida cota de 20% para o acesso dos afro-descendentes a cargos públicos, por meio de concurso público promovido pelo Distrito Federal”. O risco de uma medida como essa é desconsiderar a realidade de cada setor do serviço público e congelar a desigualdade presente para o futuro. Por exemplo,

---

<sup>300</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia*, vol. II, p. 154.

será que a composição racial das(os) merendeiras(os) das escolas públicas de nível fundamental é a mesma dos analistas legislativos da Câmara Distrital ou dos assessores do Tribunal de Justiça? O risco não é apenas porque a lei impõe um número fixo para todo o serviço público, mas principalmente porque ao se impor uma política vinculativa por lei se instaura um projeto totalmente desconectado de objetivos e metas claramente definidos. Ao se definir um número por lei, a atuação da sociedade civil corre o risco de ser restringida. A política pública de acesso ao serviço público se esgota na previsão de uma cota no edital e se projeta num futuro indeterminado. Enquanto a lei estiver em vigor, as autoridades estarão dispensadas de acompanhar qualquer política de combate ao racismo, pois a cota torna-se um fim em si mesma. As políticas de inclusão esgotam-se no processo legislativo, desmobilizando os fluxos de comunicação entre os grupos de pressão interessados e dispensando o acompanhamento de resultados, pois não há metas nem objetivos a alcançar. Todavia, não se pode pretender de maneira simplória que seria necessariamente melhor uma lei que, ao invés de fixar uma cota, fixasse somente a autorização para que os órgãos públicos fixarem cotas raciais conforme o setor. Não estamos discutindo redação. O que se quer pôr em destaque é que mesmo uma conquista legislativa pode significar um risco, pois nenhum texto, por si só, é garantia suficiente para a efetivação de direitos.

Políticas de mera distribuição de direitos costumam ser ineficazes porque direitos não são coisas, são relações. Estatísticas são instrumentos para orientar a argumentação jurídica e não o fundamento do direito. O objetivo de inclusão de minorias raciais não pode ser simplesmente fazer com que a composição de uma sala de aula, de um departamento administrativo ou do quadro de funcionários de uma empresa reflita a composição racial média da população. Seu objetivo deve ser criar canais de

participação dessas minorias na formação de um direito legítimo, de modo a produzir um poder público legítimo. A ausência de minorias étnicas num curso de medicina não é um problema. Problema é a ausência de minorias étnicas num curso de medicina em razão de uma estrutura social que discrimina os indivíduos membros dessas minorias e lhes nega oportunidades de inclusão e projeção social. Se negros e índios estivessem ausentes das universidades por uma opção de vida, por uma predileção cultural ou qualquer outra forma de uso da liberdade, políticas de inclusão seriam o avesso do direito. Todavia, a ausência de índios e negros do espaço universitário está associada ao desprezo racial sofrido por indivíduos pertencentes a esses grupos. Está associada a uma estrutura social na qual a cor tem relevância na hora de definir o acesso a posições de prestígio. As ações afirmativas só são legítimas quando pensadas para suprir um déficit de democracia, realizando, através de meios de inclusão, a condição essencial para a democracia, que é a possibilidade de participação.

É o que Habermas chama atenção ao falar em políticas protetivas que engajem o indivíduo na defesa de seus próprios interesses:

Os direitos só se tornam socialmente eficazes quando os atingidos são suficientemente informados e capazes de atualizar, em casos específicos, a proteção do direito garantida através de direitos fundamentais de justiça. A competência de mobilizar o direito depende, em geral, do grau de escolaridade, da experiência social e de outras variáveis (tais como sexo, idade, experiência em processos, tipo de relação social envolvida no conflito, etc.). E a utilização do direito materializado levanta enormes barreiras, exigindo do leigo que decomponha seus problemas cotidianos (do trabalho, lazer e consumo, moradia, doença, etc.) em construções jurídicas muito especializadas, abstraídas dos contextos da experiência do mundo da vida. Daí a necessidade de uma política compensatória de proteção jurídica, capaz de fortalecer o



conhecimento do direito, a capacidade de percepção, de articulação e de imposição por parte de clientes carentes de proteção. O contrapoder dos interesses sociais pode ser reforçado através da coletivização da imposição do direito, isto é, através de medidas convencionais, tais como seguro de proteção jurídica, assunção dos custos dos processos, etc. O instrumento de demanda em nome de uma associação ou de uma comunidade, bem como a criação de mediadores, de postos de arbitragem, etc., pode aliviar clientes impotentes e sobrecarregados; **seria preciso, no entanto, que a proteção jurídica coletiva não se resumisse a aliviar o indivíduo através de uma representação competente, mas o *engajasse* na percepção organizada, na articulação e na imposição de seus próprios interesses. Se se quiser impedir que a tutela por parte do Estado social se alastre ainda mais por este caminho, é necessário que a pessoa envolvida experimente a organização da proteção do direito como um processo político e que *ela mesma* participe na construção do contrapoder articulando os interesses sociais.**<sup>301</sup>

O fato de às vezes não se observar essa necessidade de engajamento dos beneficiários das políticas públicas protetivas tem sido causa de muitos problemas em política sociais relevantes, como a proteção do trabalhador, das mulheres, dos menores, dos consumidores e, mais recentemente, a segurança alimentar. A igualdade é um princípio, e como tal requer densificação no caso concreto. O Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, por exemplo, surgiram da necessidade de se combater desigualdades inconstitucionais verificadas no mercado. Tanto um como outro estabelecem tratamento diferente às partes envolvidas no contrato. Os contratos trabalhistas são manifestação da livre vontade dos contratantes. Porém, como a subordinação do trabalhador é da essência do vínculo empregatício, as partes se

---

<sup>301</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia*, p. 149.

apresentam no contrato como fundamentalmente desiguais. Não se trata de uma excrescência, pois a relação de trabalho exige, por definição, que uma das partes, o empregador, detenha poder de comando e poder disciplinar sobre o trabalhador. Isto é, as partes são desiguais de fato e de direito. A desigualdade é da estrutura da relação trabalhista. Contra os abusos que podem ser eventualmente praticados no exercício do poder empregatício, o direito admite que se definam políticas públicas para proteção do trabalhador. Essas políticas públicas redundam em obrigações distintas entre as partes, podendo se exigir da parte detentora do poder empregatício deveres específicos de provar o regular cumprimento de suas obrigações trabalhistas, bem como as obrigações tributárias e previdenciárias decorrentes do contrato de trabalho. Se não forem impostas essas normas que tratam as partes de forma diferente na medida de sua diferença, o contrato ficaria inconstitucionalmente desigual. Deixar de impor normas que tratem as partes de forma diferente significa a negação do princípio constitucional da igualdade. O Direito do Trabalho, seja como normatização específica, seja como políticas públicas dele decorrentes (a exemplo do FGTS, PIS, seguro desemprego), apesar de tratar as partes contratantes com obrigações e direitos diferentes, está a realizar em concreto o princípio abstrato da igualdade.

Infelizmente é ainda comum justificar a existência do Direito do Trabalho a partir do conceito de hipossuficiência, isto é, considerando o trabalhador como um incapaz que deve ser tutelado. Na verdade não se trata disso. Mesmo que o empregado em questão seja uma celebridade milionária de uma rede de televisão ou um desportista com salário astronômico e assessorado pelos mais qualificados advogados e contadores, o Direito do Trabalho continua a ser aplicado, ainda que seja inadequado falar em hipossuficiência de um astro da TV ou do esporte cujo salário mensal passa da cifra das

centenas de milhares de reais. O Direito do Trabalho continua a ser aplicável a tais contratos milionários celebrados por empregados totalmente esclarecidos pela simples razão que o empregador continua a deter o poder patronal e a administrar a evolução do contrato. Trata-se portanto de um tratamento diferente fundado em razões processuais. Como é mais difícil para o empregado provar que seus direitos não foram observados, inverte-se o ônus da prova para que o empregador apresente as provas documentais que, até por questão de controle contábil e fiscal, é obrigado a manter.

O mesmo se dá com o Direito do Consumidor. Este não pode significar a hipossuficiência do consumidor como um ser infantil que é uma permanente vítima potencial. As proteções legais ao consumidor são garantias de natureza processual que realizam o princípio da igualdade impondo obrigações distintas por razões processuais. Mesmo que o consumidor seja um milionário e o fornecedor um pequeno comércio varejista, pode ser que seja exigível a inversão do ônus da prova. Não porque o consumidor é um incapaz, mas porque ele não tem meios processuais de produzir prova de seu direito. Mais uma vez, trata-se de uma questão processual.

A igualdade constitucional só se realiza na medida em que determina que se trate a todos como iguais, mesmo diante do fato de sermos diferentes. Se no plano abstrato a igualdade não comporta materialização, tratar os cidadãos como iguais nas situações concretas vivenciadas na experiência social freqüentemente exige que sejam distinguidos quando suas diferenças representem óbices à produção da justiça. Trata-se de uma conseqüência lógica da igualdade que está de acordo com nossas práticas jurídicas nos mais diferentes âmbitos e jamais poderia ser encarada como novidade.

Mesmo num processo judicial, em que as partes se apresentam como iguais perante o Juízo, há atribuições distintas, cabendo em regra, por exemplo, o ônus da

prova ao autor para que ninguém fique exposto à utilização torpe do Judiciário. Porém, há casos que por razões processuais o autor é desincumbido do ônus probatório por se entender que isso inviabilizaria o próprio direito de ação, como ocorre comumente no processo trabalhista e em processos que versam sobre relações de consumo, quando em regra as provas estão de posse dos reclamados e não dos autores.

Os exemplos poderiam ser estendidos indefinidamente, desde a progressividade dos impostos de acordo com a capacidade econômica do contribuinte no Direito Tributário até as medidas especiais para proteção do trabalho da mulher, dos idosos, dos deficientes físicos e menores, ou ainda as políticas públicas voltadas para o desenvolvimento de regiões pobres. Portanto medidas de proteção para afirmação de direitos de certos grupos sociais discriminados fazem parte há muito de nosso ordenamento jurídico, demonstrando que em situações concretas de discriminação o princípio formal da igualdade exige a elaboração de políticas públicas que criem mecanismos materiais de equiparação. Toda vez que se estabelece um direito específico às mulheres, os homens são excluídos. Quando se estabelece um direito específico às crianças, os adultos são excluídos. Quando se estabelece um direito específico para as pequenas empresas, os demais empresários são excluídos. Cada nova inclusão gerada pela conquista de direitos provoca também uma exclusão correspondente. Esse paradoxo não é uma disfunção do ordenamento, mas uma característica que lhe é constitutiva.

A concepção equivocada desses direitos que protegem o trabalhador, o consumidor, a mulher, a criança ou o idoso ou quem quer que seja pode gerar abusos de toda ordem. O que era feito para emancipar torna-se fator de alienação e fixação da desigualdade. O excesso de regulamentação e de restrição da liberdade no contrato de

trabalho, negando ao trabalhador até mesmo dispor sobre o parcelamento de suas férias por exemplo, além de transformar a Justiça do Trabalho numa tutora que substitui a vontade do trabalhador, cria óbices contra o interesse do próprio trabalhador. O excessivo custo, tanto financeiro quanto burocrático, do contrato de trabalho acaba por desestimular a geração de empregos, prejudicando em última instância o trabalhador, que, mesmo inserido num ordenamento jurídico protetor, se vê forçado a sair dessa proteção em direção ao mercado informal, onde não há proteção alguma. Entretanto, seria um contra-senso usar o direito contra o próprio direito e atacar as proteções legais em razão dos riscos que elas oferecem. Quando a lei impõe proteções ao trabalho da mulher, é claro que está a impor maior ônus à sua contratação. Sempre que a legislação cria mecanismos de proteção ao trabalho da mulher é inevitável que surja a apreensão de que se desestime a contratação de mulheres, e não se pode negar que isso de fato ocorra. Todavia, não se pode justificar com isso a eliminação das necessidades de proteção específica da mulher no mercado de trabalho. Quando a Constituição de 1988 estendeu a licença maternidade não faltaram manifestações alertando que isso representaria o fim do acesso da mulher ao mercado de empregos. Todavia, passadas duas décadas isso não se verificou da maneira que se afirmava. Durante esse período a participação da mulher no mercado de trabalho só fez crescer. Apesar do ônus que as proteções jurídicas à mulher certamente representam aos empregadores, em diversos setores da economia as mulheres são maioria.

O uso abusivo do direito não deslegitima sua constitucionalidade. Todo direito é passível de ser abusado. Só leis divinas não podem ser abusadas. É certo que as políticas de equiparação necessariamente restringem liberdades. “Nos casos críticos, trata-se sempre do mesmo fenômeno, qual seja, o de que a realização das condições fáticas para

a percepção simétrica de liberdades de ação subjetivas modifica de tal modo as situações de vida e as posições de poder, que a compensação de desvantagens situacionais culmina em certas tutelas, que transformam a almejada *autorização* para o uso da liberdade em assistência”.<sup>302</sup>

Contudo, é equivocado entender isso como um problema insolúvel. Admitindo, que direitos individuais e direitos coletivos são co-originários e igualmente primordiais, é forçoso reconhecer que a autonomia pública e a autonomia privada pressupõem-se mutuamente. O que capacita os indivíduos para usarem sua autonomia pública, atuando como cidadãos politicamente ativos, é a liberdade individual disponível na esfera privada. Simultaneamente, o uso da autonomia pública pelos cidadãos interfere e delimita aquela mesma esfera de autonomia privada. Dessa maneira, os critérios a partir dos quais os cidadãos definem os limites da autonomia privada também irão definir quando uma política pública viola esses mesmos limites. Ou, como afirma Habermas:

Os critérios que permitem identificar o ponto onde a previdência autorizadora do Estado social se transforma em previdência tutelar dependem do contexto e podem ser contestados, porém não por serem arbitrários.

Nesses critérios manifesta-se uma clara intuição normativa, que é interpretada de várias maneiras pelas diferentes culturas políticas, tendo em vista as situações cambiantes da sociedade. (...) A intuição normativa, segundo a qual a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, informa a disputa pública sobre os critérios que devem dirigir os pressupostos fáticos da igualdade jurídica. Por estes critérios também é possível saber quando uma regulamentação é discriminadora no sentido do direito formal e quando é paternalista no sentido do Estado social. Um programa jurídico é discriminador, quando não leva em conta as limitações da liberdade derivadas de

---

<sup>302</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia*, vol. II, p. 156.

desigualdades fáticas; ou paternalista quando não leva em conta as limitações da liberdade que acompanham as compensações oferecidas pelo Estado tendo em vista essas desigualdades.<sup>303</sup>

Mais uma vez se recorre à estrutura reflexiva do paradigma democrático para demonstrar que os indivíduos são capazes de transcender seus contextos culturais, e jurídicos, percebendo criticamente quando uma dada situação concreta revela uma pretensão abusiva por qualquer das pretensões envolvidas. A adequação do critério escolhido para definir o que o princípio da igualdade exige no caso deve se remeter ao contexto de aplicação.

Embora seja possível o uso abusivo de políticas de equiparação material, elas continuam válidas sob seu aspecto normativo, pois as desigualdades de fato afetam o uso da liberdade por parte de indivíduos discriminados. O fato das pessoas serem diferentes não é inconstitucional. Pelo contrário, o requisito elementar do direito à individualidade é o direito à diferença. Contudo, uma desigualdade de fato pode ser inconstitucional se ela, para além de representar a identidade do indivíduo, restringe sua liberdade de ação subjetiva. Se em função da desigualdade de fato o indivíduo é discriminado em razão de sua cor e tem reduzidas suas oportunidades de uso de suas liberdades estaremos diante de uma inconstitucionalidade. E diante de uma inconstitucionalidade não é só legítimo como também necessário que o direito imponha obrigações que reparem a situação antijurídica. E assim como o direito afasta a aplicação de uma lei inconstitucional, o direito também deve afastar situações sociais que, por ferirem o princípio da igualdade, são também inconstitucionais.

---

<sup>303</sup> HABERAM, J. *Direito e democracia*, p. 156-157.

Embora sob novo fundamento e com novo objetivo, o paradigma democrático admite a presença de políticas de equiparação.<sup>304</sup> Mais que isso. Quando se trata da inclusão de grupos excluídos essas políticas tornam-se condição de produção de um direito legítimo. Se num contexto específico se identificar uma situação na qual indivíduos tenham sua liberdade de ação restringida em função de uma discriminação fundada em condições que, como a cor, fogem ao controle do indivíduo, uma política de equiparação material será não apenas constitucionalmente adequada, como constitucionalmente exigível.

Entretanto, tais políticas não podem ser entendidas como favores dispensados pelo Estado. Elas devem possibilitar, além de uma eventual prerrogativa, a participação em práticas de autodeterminação de cidadãos, “pois somente os envolvidos são capazes de esclarecer “os pontos de vista relevantes” em termos de igualdade e desigualdade”.<sup>305</sup>

No caso das ações afirmativas, desde que elas sejam concebidas e implementadas como forma de combate ao racismo, capacitando indivíduos para exigirem o respeito a seus direitos e interesses, elas podem realizar um objetivo socialmente desejável e criarem as condições de surgimento de uma sociedade mais justa. As ações afirmativas não podem ser defendidas como indenizações em razão da escravidão passada, mas sim em função da discriminação e exclusão presentes. As

---

<sup>304</sup> “As compensações do Estado do bem-estar social criam a igualdade de chances, as quais permitem fazer uso simétrico das competências de ação asseguradas; por isso, a compensação das perdas em situações de vida concretamente desiguais, e de posições de poder, serve à realização da igualdade de direito. Nesta medida, a dialética entre igualdade de direito e de fato transformou-se num dos motores do desenvolvimento do direito sem ressalvas do ponto de vista normativo”. (HABERMAS, J. *Direito e democracia*, vol. II, p. 155)

<sup>305</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia*, vol. II, p. 160.



universidades, dada a sistemática e generalizada ausência de negros e índios, têm constituído um dos espaços sociais mais homogêneos do ponto de vista não só cultural e econômico como também étnico. Nem tampouco podem as ações afirmativas serem pensadas para que as salas de aula reflitam a composição racial da sociedade. Políticas públicas afirmativas de identidades raciais podem, contudo, ser defendidas como medidas de inclusão social de grupos discriminados, isto é, como realizadoras da condição fundamental do Estado Democrático de Direito: a criação de canais através dos quais os indivíduos possam estar presentes na cena pública e defenderem, em nome próprio, o direito de serem tratados com dignidade.

O risco das ações afirmativas é a tutela e infantilização do cidadão, tratando, no caso, as vagas universitárias como recursos econômicos concedidos a clientes preferenciais do Estado. Porém, toda política pública é marcada por riscos. Logo, a possibilidade de abuso não deslegitima as ações afirmativas, vez que todo direito é passível de ser abusado. Desde que as ações afirmativas representem a luta contra um desprezo concreto, e sejam implementadas para que minorias discriminadas sejam incluídas em espaços de formação de opinião pública e da vontade política, elas podem ser consideradas constitucionais. Vez que o acesso ao ensino superior está associado à projeção social, e visto que é uma forma de qualificação e capacitação não apenas para o exercício de uma profissão, mas também para que pessoas discriminadas possam trazer seu ponto de vista ao debate acadêmico acerca da discriminação de que são vítimas, ações afirmativas no ensino superior podem ser adequadas à realização do princípio constitucional da igualdade.

No caso das universidades, há fortes razões para se aceitar a já citada tese de José Jorge de Carvalho, segundo a qual o meio acadêmico e universitário expressa de

forma exemplar a cisão racial da sociedade brasileira. Além dessa conclusão, que é corroborada por praticamente todas as pesquisas de campo que sistematicamente identificam a ausência de índios e negros das faculdades brasileiras, há uma outra razão que justifica, e talvez de forma mais acentuada, a adoção de políticas públicas voltadas para a promoção social de índios e negros. Trata-se da tendência de manutenção das diferenças de grau de instrução entre grupos raciais.

A partir de dados do IPEA e do IBGE, verificou-se que a diferença de escolaridade entre brancos e negros tem se mantido estável no tempo ao longo de décadas a fio. Ainda que ao longo do século XX a escolaridade média dos negros tenha melhorado, ela sistematicamente mantém o mesmo padrão de diferença em relação aos brancos. Os números apontam para uma tendência de inércia, isto é, trivializadas as diferenças raciais como questões sociais que não demandam políticas específicas, a tendência é que os negros permaneçam irremediavelmente em condição inferior de escolaridade ao longo do tempo.

A partir das pesquisas do IBGE e IPEA que apontam que a diferença de escolaridade entre um jovem negro de 25 anos e um jovem branco de mesma idade é de 2,3 anos em favor deste, Ricardo Henriques conclui:

Embora intensa [a diferença de escolaridade], não é esse o componente mais incômodo da discriminação observada. Em termos do projeto de sociedade que o país está construindo, o mais inquietante é a evolução histórica e a tendência a longo prazo dessa discriminação. Sabemos que a escolaridade média dos brancos e dos negros tem aumentado de forma contínua ao longo do século XX. Contudo, um jovem branco de 25 anos de idade tem, em média, mais 2,3 anos de estudo que um jovem negro da mesma idade, **e essa intensidade da discriminação racial é a mesma vivida pelos pais desses jovens – a mesma observada entre seus avós.**

E após apresentar um gráfico contendo a escolaridade média de adultos brancos e negros pelo ano de nascimento, começando em 1929 e terminando em 1974, o pesquisador conclui:

A escolaridade média de ambas as raças cresce ao longo do século, mas o padrão de discriminação racial, expresso pelo diferencial nos anos de escolaridade entre brancos e negros, mantém-se absolutamente estável entre as gerações. As curvas ali descritas parecem construídas com intencional paralelismo, descrevendo, com requinte, a inércia do padrão de discriminação racial observado em nossa sociedade.<sup>306</sup>

Outras pesquisas do IPEA confirmam o mesmo padrão de manutenção e continuidade das diferenças sociais entre brancos e negros ao longo do tempo. Pesquisando dessa vez o mercado de trabalho, comparando-se a discriminação em razão do sexo e em razão da cor, a conclusão é aterradora:

Se fizermos um exercício de projeção linear, chegamos à conclusão de que, se a taxa dos últimos 11 anos continuar, em 30 anos não haverá mais discriminação salarial contra mulheres brancas. **No caso dos homens negros, esse prazo é infinito, pois a tendência é de estabilidade e não de queda.**<sup>307</sup>

Incontáveis pesquisas apontam todas na mesma direção, isto é, que as diferenças sociais entre brancos e negros tendem a se manter para o futuro, o que recomenda a adoção de políticas públicas que interfiram nessa tendência para desnaturalizar essa

---

<sup>306</sup> HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90* – Rio de Janeiro: IPEA, jul. 2001 (Texto para Discussão n.º 807), p. 27.

<sup>307</sup> SOARES, Sergei Dillon Soares. *O perfil da discriminação no mercado de trabalho: homens negros, mulheres brancas e mulheres negras* – Brasília: IPEA, nov. 2000 (Texto para Discussão n.º 769), p. 22.

situação de inferioridade permanente.<sup>308</sup> Estudando os números do IBGE (PNAD), e dividindo as amostragens por sexo, raça, idade e escolarização Paulo Jannuzzi conclui: “corroborando parte dos resultados de análises anteriores (Caillaux 1994, Jannuzzi 2000a), mulheres, negros, mais jovens e menos escolarizados são grupos sócio-demográficos com mobilidade social ascendente mais baixa em perspectiva comparativa”.<sup>309</sup> Dessa sorte, mesmo quando a cor é considerada em separado da diferença de escolaridade a ascensão social dos negros é inferior a dos brancos, demonstrando que existem outras barreiras além das sociais, isto é, o preconceito de cor não coincide necessariamente com o preconceito sócio-econômico. Jannuzzi apurou o mesmo padrão ao avaliar a mobilidade social descendente. Ao comparar o número de negros e brancos que ocupavam postos de chefia no mercado de trabalho, verificou que o número de negros que não conseguiu manter um posto com nível igual ou superior foi maior que o de brancos. Isso parece indicar que mesmo quando o negro já ocupa uma posição com certo prestígio, e portanto eliminando-se o argumento que reduz o racismo à questão econômica, ele continua concorrendo em desvantagem.<sup>310</sup>

O principal argumento usado contra políticas de combate ao racismo é o de que a discriminação racial no Brasil se confundiria com a discriminação econômica, de modo que o negro e o índio não sofreriam discriminação em razão de sua identidade

---

<sup>308</sup> BELTRÃO, Kaizô Iwakami; NOVELLINO, Maria Salet. *Alfabetização por sexo e raça no Brasil: um modelo linear generalizado para explicar o período 1940-2000* – Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas, (texto para discussão n. 1) 2002. BELTRÃO, Kaizô Iwakami; TEIXEIRA, Moema de Poli. *O Vermelho e o Negro: viés de cor e gênero nas carreiras universitárias* – Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas, (texto para discussão n. 19) 2005.

<sup>309</sup> JANNUZZI, Paulo de Martino. *Mobilidade Social no Brasil ao Final do Século XX: uma avaliação dos efeitos da reestruturação produtiva* – Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas (texto para discussão n. 17), 2004, p. 21.

<sup>310</sup> JANNUZZI, P.M., *op. cit.*, p. 22.

racial mas em razão de sua condição econômica. Para que tal argumento pudesse ser aceito, seria necessário constatar que nas classes superiores os negros e índios não seriam vítimas de racismo. Contudo, é justamente o contrário que se verifica. Casamentos inter-raciais são relativamente bem aceitos nas classes pobres. Porém, nas classes mais altas, casamentos e mesmo namoros inter-raciais costumam provocar embaraços e, não raro, deliberada resistência por parte das famílias e amigos. Se a discriminação fosse econômica e não racial, seria de se esperar que as famílias de classes superiores fossem muito receptivas a receber um genro índio ou uma nora negra. Contudo, não é o que em geral se verifica. O desconforto familiar e social frequentemente vivenciado em tais situações é evidência de que a discriminação não desaparece com a emancipação econômica do indivíduo.

Recentemente uma pesquisa feita pelo Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), órgão do Ministério da Educação, em convênio com a UNESCO, constatou que existe um desempenho escolar desigual entre alunos brancos e alunos negros. Até aí nenhuma novidade. Contudo, a pesquisa concluiu que a diferença é maior entre os ricos do que entre os pobres. Portanto, mesmo quando superam as diferenças socioeconômicas os alunos negros apresentam pior desempenho que os alunos brancos.<sup>311</sup>

---

<sup>311</sup> “Nos estratos sociais mais altos, os índices de desempenho dos alunos são menos críticos, o que reforçaria a tese de que aqueles que possuem um desempenho escolar mais baixo são os alunos pobres. Mas quando se cruzam os dados socioeconômicos com a variável raça/cor dos alunos, a conclusão é que “a pobreza iguala por baixo”, ou seja, brancos e negros possuem as notas mais baixas, estando mais próximos. Já os alunos brancos e negros de estrato socioeconômico superior, ainda que apresentem notas mais altas, se distanciam mais entre si: os alunos negros apresentam notas bem mais baixas do que os alunos brancos da mesma classe social.” *Racismo influencia desempenho escolar*. Ciência Cultura: Revista da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, ano 59, número 2 – Abril/Maio/Junho de 2007, p. 11.

A pesquisa utilizou os resultados das provas do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB) de 2003, aplicadas pelo Ministério da Educação, a crianças alunas da quarta a oitava séries do ensino fundamental e da terceira série do ensino médio. Se os óbices para promoção social de negros e índios se resumissem ao aspecto econômico não deveria ocorrer tal diferença de resultados em razão da cor de alunos de classes superiores.

Em outra pesquisa recentemente publicada, Carlos Antônio da Costa Ribeiro, após cruzar dados e estatísticas disponíveis nos bancos de dados oficiais do IBGE, sobretudo da Pesquisa Nacional por Amostragem Domiciliar, chegou à conclusão de que “a desigualdade racial nas chances de mobilidade está presente apenas para indivíduos com origem nas classes mais altas. Homens brancos, pardos e pretos com origem nas classes mais baixas têm chances semelhantes de mobilidade social”.<sup>312</sup>

Ou seja, diferente do que o senso comum costuma apontar, essa pesquisa concluiu que brancos e negros que estão na base da pirâmide social têm chances de mobilidade social equivalente. Contudo, os brancos e negros que estão no ápice da pirâmide têm oportunidades diferentes, deixando claro não apenas que o fator racial tem impacto sobre as relações raciais, mas principalmente que esse fator racial tem maior impacto justamente nas classes sociais privilegiadas com maior tempo de escolaridade.

O mérito do estudo de Carlos Antônio Costa Ribeiro é que buscou construir logaritmos que permitissem separar a análise do quesito origem étnica do quesito origem de classe. Praticamente todas as pesquisas disponíveis tomam informações estatísticas sobre condições de vida; como por exemplo renda, escolaridade do indivíduo e de seus pais, etc.; apurando-se as desigualdades verificáveis num

---

<sup>312</sup> RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. *Classe, Raça e Mobilidade Social no Brasil*. <http://www.iuperj.br/site/carloscr/textos/raca.pdf>, p. 31. (acesso em 01 de junho de 2007).

determinado momento para depois compará-las ao longo dos anos. Essa metodologia tem o inconveniente de não permitir verificar se a raça ou a classe seria mais relevante para se determinar as chances de ascensão social.<sup>313</sup>

O esforço de Costa Ribeiro foi o de criar um modelo que permitisse separar o fator raça e o fator classe de origem nas chances de mobilidade social ascendente e descendente de indivíduos e famílias. Assim, chegou-se a um logaritmo por ele denominado *razão de chances*, “que define as chances de pessoas com origens de classe semelhantes em grupos de cor distintos alcançarem as mesmas classes de destino”.<sup>314</sup> Através desse método complexo o autor pôde apresentar graficamente a diferença nas chances relativas de mobilidade social ascendente e descendente entre brancos, pardos e pretos, contornar as dificuldades geradas pela desproporção no fator classe de origem.

As conclusões da pesquisa são exatamente no sentido oposto daquela tradicional idéia de que o preconceito de raça estaria diluído no preconceito de classe e que portanto bastaria a promoção econômica do indivíduo para que não mais subsistisse o preconceito de cor. Ao contrário dessa idéia de que o preconceito não é contra o preto mas contra o pobre, os números levantados por Costa Ribeiro apontam que nas camadas sociais mais pobres pessoas de cores diferentes têm chances semelhantes, ao passo que é

---

<sup>313</sup> “O principal problema metodológico que um estudo sobre as chances de mobilidade social ascendente de pessoas em grupos de cor diferentes e com origens de classe distintas enfrenta é que em geral estas duas variáveis estão relacionadas. Ou seja, pretos e pardos são um percentual maior das pessoas que cresceram nas classes mais baixas e menor das que cresceram nas classes mais altas. Portanto, ao analisarmos as chances de mobilidade social ascendente temos que ficar atentos para esta desproporção inicial. (...) Para definirmos o papel da raça e da classe de origem nas chances de mobilidade social ascendente, temos que utilizar modelos que controlem estatisticamente as desproporções nas classes de origem.” RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. *Classe, Raça e Mobilidade Social no Brasil*. <http://www.iuperj.br/site/carloscr/textos/raca.pdf>, p. 21 e 22. (acesso em 01 de junho de 2007).

<sup>314</sup> *Idem*, p. 22.

quando o negro se projeta socialmente e galga as posições mais elevadas na escala social é que encontra maiores diferenças de tratamento e oportunidades.

Os resultados desta análise levaram à conclusão de que para os homens com origens nas classes mais baixas (trabalhadores rurais, trabalhadores manuais urbanos e pequenos empregados rurais) não há desigualdade racial nas chances de mobilidade ascendente, ou seja, nos estratos mais baixos, brancos, pardos e pretos enfrentam dificuldades semelhantes de mobilidade ascendente. Em contrapartida, homens brancos, pardos e pretos com origens nas classes mais altas (profissionais, administradores e pequenos empregadores; e trabalhadores de rotina, técnicos e autônomos) têm chances de imobilidade e mobilidade descendente distintas. Os brancos têm mais chances do que os pardos e os pretos de imobilidade no topo da hierarquia de classes, enquanto estes últimos têm mais chances de mobilidade descendente. Ou seja, há desigualdade racial nas oportunidades de mobilidade intergeracional para homens com origem nas classes mais altas. Estes resultados revelam que: *a desigualdade de oportunidades está presente no topo da hierarquia de classe, mas não na base desta hierarquia*. Esta conclusão nos leva a sugerir que a discriminação racial ocorre principalmente quando posições sociais valorizadas estão em jogo.<sup>315</sup>

Outro ponto muito importante na pesquisa de Costa Ribeiro é que, acompanhando a tendência da metodologia sociológica mais recente, analisou também as desigualdades de oportunidades educacionais, analisando as seis transições educacionais mais relevantes: entrada na escola, conclusão da 4ª série do ensino fundamental, conclusão da 8ª série do ensino fundamental, conclusão do ensino médio, admissão no ensino superior e conclusão do ensino superior.

---

<sup>315</sup> RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. *Op. cit.*, p. 32.



Os resultados apurados na pesquisa indicaram a mesma tendência de que a raça tem maior impacto nas transições educacionais mais avançadas. Embora a classe de origem seja o fator mais relevante ao se determinar as chances de fazer as transições educacionais em geral, nas primeiras transições educacionais o fator classe de origem tem impacto significativamente maior do que o fator raça. Todavia, nas transições educacionais superiores o impacto do fator classe de origem se reduz drasticamente ao passo que o fator raça cresce significativamente.

Pessoas cujos pais estavam nas classes mais altas (eram, por exemplo, profissionais) têm mais chances de ter sucesso nas transições educacionais do que pessoas cujos pais estavam em classes mais baixas. Brancos também têm mais chances de sucesso do que não-brancos, mas o peso da classe de origem é maior do que o da raça. Em outras palavras, podemos dizer que há mais desigualdades de oportunidades educacionais em termos de classe do que de raça. No entanto, nas últimas transições a raça passa a ter um efeito semelhante em termos raciais e de classe. Vejamos um exemplo: filhos de profissionais têm 15 vezes mais chances de entrar na escola do que filhos de trabalhadores rurais, e brancos têm 3 vezes mais chances de entrar na escola do que não-brancos de entrar na escola. Há desigualdade de oportunidades tanto em termos de classe de origem quanto em termos de raça, embora a primeira seja mais forte do que a segunda. Para ingressar na universidade, filhos de profissionais têm 4 vezes mais chances do que não-brancos. Em suma, no início da carreira escolar, a desigualdade de classe é muito mais forte do que a de raça, ao passo que nos níveis educacionais mais elevados, os dois tipos de desigualdade diminuem em relação ao que ocorre nas primeiras transições e se tornam mais semelhantes. Ou seja, nas transições

educacionais de níveis mais altos, as desigualdades de raça e de classe têm magnitudes semelhantes.<sup>316</sup>

Uma terceira análise feita pelo mesmo autor reforça ainda mais a conclusão de que a desigualdade racial é determinante no topo da hierarquia de classes, isto é, exatamente nos extratos sociais em que não é possível justificar o preconceito racial em através de razões econômicas. Aplicando a mesma metodologia do modelo de logaritmo multinomial condicional para controlar as desproporções ocasionadas pela interação entre os diferentes fatores de origem, Costa Ribeiro apurou que as diferenças de oportunidades entre brancos e não-brancos de idêntica escolaridade aumenta com o aumento do tempo de escolaridade. Se a tese de que o preconceito racial no Brasil se resume ao preconceito social ou de classe fosse verdadeira, seria de se esperar que com o aumento de tempo de escolaridade as chances de mobilidade ascendente se equiparassem ou pelo menos diminuíssem. Sem embargo, é justamente o oposto que se apurou. Quanto maior a escolarização de ambos os grupos, maiores são as diferenças de oportunidades entre brancos e não-brancos.

Com os mesmos anos de escolaridade do que os brancos, os não-brancos têm chances bastantes menores de se tornarem profissionais (lembre-se que esses dados controlam pela origem de classe). Por exemplo, entre os homens que completaram 15 anos de escolaridade (que concluíram a universidade), brancos têm 3 vezes mais chances do que não-brancos de se tornarem profissionais. É interessante observar que, apesar de não haver desigualdade racial nas chances de completar a universidade, há fortes evidências de que

---

<sup>316</sup> RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. *Classe, Raça e Mobilidade Social no Brasil*. <http://www.iuperj.br/site/carloscr/textos/raca.pdf>, p. 27. (acesso em 01 de junho de 2007).

não-brancos formados em universidades encontram mais dificuldade de entrar em posições profissionais do que brancos com o mesmo nível educacional.<sup>317</sup>

E conclui:

O efeito da raça sobre as chances de mobilidade, levando-se em conta escolaridade e classe de origem, está presente apenas para pessoas com mais de 10 ou 12 anos de educação entrando na classe de profissionais, administradores e empregados. (...) Embora educação seja importante para qualquer tipo de mobilidade ascendente, a desigualdade racial está presente apenas nas chances de mobilidade para o topo da hierarquia de classes. Mais uma vez os resultados comprovam que: *só há desigualdade racial nas chances de mobilidade ascendente para as classes mais altas hierarquicamente.*<sup>318</sup>

O próprio Costa Ribeiro adverte sobre a necessidade de mais estudos empíricos para verificar as causas das desigualdades raciais e, principalmente, que seu estudo não tem o objetivo de fazer análises causais, restringindo-se a apurar apenas as condições de desigualdades, isto é, a pesquisa não entra na questão sobre a causa das desigualdades identificadas. É um estudo quantitativo que tem por objetivo verificar desigualdades estatisticamente observáveis sem trazer à baila a pergunta sobre se a desigualdade teria ou não origem no preconceito racial ou em outros fatores. Não obstante, ele reconhece que seu estudo não é o único a apontar que há desigualdades de oportunidades entre brancos e não-brancos nas classes sociais mais altas.<sup>319</sup>

---

<sup>317</sup> RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>318</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>319</sup> RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. *Desigualdade ou Discriminação* – Jornal da Ciência da SBPC, 18 de junho de 2007, disponível em <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=47891>, acessado em 18 de junho de 2007.

De qualquer forma, as pesquisas disponíveis até o momento apontam para a existência de uma desigualdade objetivamente identificável entre as oportunidades e mobilidade social ascendente e descendente de brancos e negros. E, mais que isso, que essa desigualdade é constatada não nas classes sociais mais baixas; nas quais justamente o preconceito racial parece ser menor, sendo relativamente mais comuns, por exemplo, casamentos inter-raciais; mas sim nas classes sociais mais altas.

Assim, parece que os resultados das pesquisas empíricas não sustentam aquela tese de que a discriminação racial se resume à discriminação sócio-econômica. A se confirmarem esses estudos, não se poderia pois esperar que o racismo seja problema sem importância própria, que desapareceria com a emancipação econômica do indivíduo. Os resultados das pesquisas que cruzam a questão econômica com a questão racial em geral têm demonstrado que é justamente nas classes superiores que índios e negros tendem a ter maiores dificuldades de integração e a sofrer mais com a desigualdade, o que justificaria a necessidade de políticas públicas voltadas especificamente para o combate ao racismo.

Por isso, ações afirmativas no ensino superior podem ser uma boa opção para promover a igualdade racial, pois são voltadas justamente para uma população que está em condições de efetuar as transições educacionais mais avançadas e que justamente transita nos meios sociais mais privilegiados e em geral de maior prestígio.

As ações afirmativas são também uma opção adequada para a realização daquelas exigências de políticas que não apenas protejam ou incluam os indivíduos no sistema jurídico como clientes passivos, mas que também engajem e *qualifiquem* os cidadãos para que participem da produção e legitimação do direito posto. Afinal, o ensino universitário não é um fim, mas um meio. A presença de índios e negros no

espaço universitário permite que seja possível surgir entre tais alunos os canais de contato e engajamento para a organização de tais interesses. O ensino universitário é um dos mecanismos de “qualificação” dos indivíduos para que possam eles próprios construir os meios de defesa de seus direitos.

A única razão plausível para se rejeitarem as ações afirmativas é a inexistência de níveis relevantes de racismo na sociedade. Se o problema não existe, ou ocorre em escala insignificante, o meio mais adequado para seu enfrentamento não são ações positivas, mas sim medidas negativas, como proibição e criminalização, pois nesse caso tratar-se-ia de um combate a condutas indesejáveis pontuais e individuais. Então a pergunta sobre se existe ou não racismo no Brasil é uma pergunta central. Mas quem deve respondê-la?

Se políticas sociais não devem ser distribuições clientelistas, mas medidas de inclusão e ampliação da participação na esfera pública democrática, o mínimo que se espera é que os cidadãos que são foco de tais políticas sejam ouvidos e seus.

Não é razoável esperar que alguém que nunca foi vítima de racismo responda sozinho àquela pergunta, por mais esclarecido e intelectualizado que seja, pois não se trata de esclarecimento, mas sim de experiência. Como no lema da Frente Negra Brasileira, nos anos trinta, só as vítimas do preconceito podem senti-lo. Para que a sociedade como um todo possa refletir sobre o alcance e significado do racismo, é preciso ouvir quem passou pela experiência de ser desprezado em razão de sua cor.

É uma contradição perguntar acerca da conveniência e necessidade de uma política afirmativa a quem não a reivindica. Se a sociedade quer saber se as políticas afirmativas raciais são justas, devemos perguntar aqueles que têm sido vítimas do desprezo racial. E não temos dúvidas de quem são eles. E olhando para nossa história,

enxergamos que em um século de lutas políticas, desde pelo menos 1915, com a fundação, em São Paulo, do jornal *O Menelick*, tido como o marco do surgimento da *imprensa negra* no país, o movimento negro sempre reivindicou políticas de integração na educação como forma de inclusão racial. São as próprias vítimas do racismo que estão a exigir o direito de serem respeitados como indivíduos e não como membros de uma raça desprezada e inferiorizada. São eles que estão a dizer que não basta que se lhes diga que somos todos geneticamente iguais se de fato somos tratados como diferentes. Será que é legítimo que desprezemos o ponto de vista dos discriminados?

Quando discorremos sobre a força do melhor argumento, mencionamos que um argumento para ser aceito precisa ter a possibilidade de ter suas razões e fundamentos aceitos pelos demais interlocutores. Será que há sentido sustentar que não existe racismo no Brasil quando isso nega a experiência de vida e os sofrimentos daqueles indivíduos que sofrem com o racismo? Será que ao dizermos que todos esses indivíduos estão enganados e que eles não sofrem racismo, não estamos desqualificando sua capacidade de sentir e de pensar e, portanto, sendo incoerentes com aquele argumento liberal segundo o qual os indivíduos não devem ser tutelados? Será que não estaremos tomando uma decisão em nome de terceiros, assumindo o pressuposto que nós é que sabemos o que é melhor para eles?

Nesse sentido, quando o movimento indígena e o movimento negro reivindicam políticas de combate ao racismo e à inclusão de grupos discriminados, não o fazem como expressão de uma agenda ou projeto socialista, mas sim como pressuposto de que a opinião e identidade do indivíduo devem ser respeitadas independente de sua cor. E se esses indivíduos afirmam que sua individualidade tem sido sistematicamente desrespeitada ao ponto de ferir seus direitos individuais, o mínimo que uma sociedade

democrática lhes deve é levá-los a sério. Sob tal perspectiva, políticas afirmativas são exigidas pelo respeito que se deve aos direitos individuais.

Diante da necessidade de promoção social de minorias raciais que exigem em nome próprio o respeito à sua igualdade, políticas de inclusão no ensino superior apresentam-se como uma estratégia viável e inteligente. O fato dos cursos superiores serem transitórios é uma vantagem contra o risco de paternalismo sobre o indivíduo. O acesso a uma faculdade não significa a posse de um *status* definitivo, nem congela as diferenças numa situação permanente. Pelo contrário, abre a possibilidade para que se quebrem estigmas, permitindo ao indivíduo transitar em novos espaços sociais.

Tendo em vista que diversas pesquisas têm apontado que o desempenho no vestibular não guarda relação com o desempenho durante a faculdade, até o estigma do mérito acadêmico pode ser desconstruído. Mesmo em cursos que exigem muito de seus alunos, tem se comprovado que o desempenho acadêmico antes e depois do vestibular não estão associados. No curso de medicina da Universidade Federal da Bahia, Delcele Mascarenhas Queiroz registrou que os alunos pretos, embora tivessem sido aprovados no vestibular com médias inferiores aos brancos, apresentavam rendimento médio superior a estes durante o curso.<sup>320</sup> Estudo do Centro de Seleção e Promoção de Eventos (CESPE) da UnB, órgão responsável pela organização do vestibular dessa universidade, comparou o índice de rendimento acadêmico (IRA) com os resultados do vestibular e do Programa de Avaliação Seriada (PAS), que são as duas políticas de admissão adotadas pela UnB, e concluiu que não existe relação direta entre o desempenho do aluno na seleção e seu desempenho durante o curso. Somente no curso de Agronomia houve

---

<sup>320</sup> QUEIROZ, Delcele Mascarenhas. Desigualdades raciais no ensino superior no Brasil. Um estudo comparativo. In: QUEIROZ, Delcele Mascarenhas (coord.). *O negro na universidade* – Salvador: Novos Toques, 2002, p. 13 *et. seq.*

ajustamento do desempenho dos alunos com seu desempenho no vestibular e no PAS. E somente no curso de Comunicação-Propaganda houve ajustamento somente no vestibular. Dentre os alunos de Engenharia Civil, Engenharia Mecânica, Letras Tradução e Matemática Noturno houve ajustamento no PAS, mas não no vestibular. Em relação ao total de cursos o ajustamento no PAS, que divide a avaliação em provas realizadas ao longo de todo o ensino médio, o pequeno número de cursos que apresentou esse ajustamento não é significativo.<sup>321</sup> Portanto não se comprovou a expectativa de que os alunos melhor colocados no vestibular têm melhor desempenho e mérito acadêmico no curso superior.

Contudo, como acontece em qualquer política pública, os riscos nunca poderão ser eliminados. Assim como pessoas de má-fé fraudam sistemas previdenciários e assistenciais para obterem benefícios que não lhes são devidos, toda política afirmativa deve ser acompanhada de constante vigilância. Por exemplo, a identidade do mestiço ou mulato no Brasil é de veras problemática. Se, como defendeu Oracy Nogueira, o racismo brasileiro apresenta-se como racismo de marca e não de origem, a utilização de termos vagos como “afro-descendentes” pode dar margem a um maior número de abusos ou fraudes, permitindo com que pessoas que socialmente são tratadas como brancas, não tendo experimentado situações de desprezo racial nem discriminação em razão da cor, tentem se beneficiar em razão de remotos antepassados negros, embora elas próprias não se identifiquem como tal. Não há saída simples, e o acompanhamento deve ser antes de tudo compartilhado por toda sociedade, em especial os movimentos negro e indígena,

---

<sup>321</sup> MOURA, Dione Oliveira. *Plano de metas para a integração social, étnica e racial na UnB: relato da comissão de implementação*. In: BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela. *Levando a Raça a Sério: ação afirmativa e universidade* – Rio de Janeiro, DP&A, 2004, p. 222



pois só a atuação dos interessados pode constranger tentativas de abuso ou, pelo menos, incitar o debate público acerca de certa inclusão ou exclusão.

Na discussão acerca das ações afirmativas há um debate específico acerca das cotas. Há quem defenda as ações afirmativas como princípio, mas que são contrários às cotas especificamente. Dado o contexto brasileiro, no qual o vestibular apresenta-se como solução praticamente universal, esse argumento é falacioso.

Substancialmente não existe diferença entre fixar-se uma cota no vestibular e, por exemplo, fixar-se uma meta a atingir através de outras ações. Metas são objetivos a cumprir. Logo, supõe-se que uma universidade que queira ter em seu corpo discente determinada proporção de alunos membros de minorias raciais deverá adotar medidas concretas voltadas para essas pessoas para atingir aquele número. E quaisquer críticas que se possam fazer às cotas também podem ser feitas a qualquer medida que tenha por objetivo alterar a composição racial das salas de aula. Digamos que a universidade institua medidas paralelas, como, por exemplo, programas de extensão em forma de cursos pré-vestibulares voltados para negros ou índios. Ao fazer isso ela estará estabelecendo que os alunos negros têm prioridade na vaga do cursinho, o que é, inegavelmente, a reserva de uma cota do serviço de extensão da universidade. Um aluno branco que alega que as cotas ferem o princípio da igualdade pode se sentir também discriminado ao querer se matricular num cursinho de baixo custo mantido pela universidade, mas que é reservado a índios e negros. Portanto não vejo como essa política possa ser melhor do ponto de vista jurídico. Isso para não falar no fato que joga para os cursinhos a responsabilidade de melhoria do ensino público, o que é o avesso de qualquer política que pretenda melhorar a escola pública.

Infelizmente essa falsa discussão só acontece porque as universidades públicas brasileiras usam pouco da autonomia que possuem e não experimentam com frequência formas alternativas de seleção. Reservar uma cota no vestibular ou dar um número de pontos extras para o candidato negro ou índio na hora do vestibular são substancialmente a mesma coisa, pois se está determinando um critério aritmético para conceder um benefício social ao indivíduo membro de grupo discriminado. Se, como ocorre em outros países, as universidades adotassem diferentes critérios para preenchimento de suas vagas esse debate não existiria. Mas infelizmente, talvez por comodidade, o vestibular, ainda que em avaliações seriadas, é virtualmente a única maneira de seleção que se tem adotado de norte a sul do país. Trabalhando no Ministério da Justiça, conheci um jovem funcionário que trabalhava em serviços de faxina e limpeza e que havia sido, quando estudante, recordista brasileiro de marcha olímpica dentre atletas menores de 19 anos. Se, como ocorre por exemplo nos EUA, houvesse a tradição das universidades admitirem talentos excepcionais, talvez ele tivesse acesso ao ensino superior, pois alguém que consegue ter a melhor marca nacional num esporte olímpico é sem dúvida um talento especial. Todavia isso não é prática recorrente em nossas universidades. Se as universidades optam por fazer do vestibular a única porta de entrada, não se pode entender que um programa pensado para funcionar dentro desse sistema, como é o caso do programa de cotas, seja inconstitucional, pois são elaboradas de acordo com o contexto dominante vigente que reduz as opções de admissão a um formato praticamente exclusivo. Seria no mínimo estranho condicionar a constitucionalidade das ações afirmativas a métodos e formatos que não são praticados no país. Se o direito tem admitido sem problemas que o vestibular pode ser a forma exclusiva de acesso à universidade, a interpretação

constitucionalmente adequada das ações afirmativas deve admitir como constitucionais fórmulas de inclusão elaboradas para funcionar nesse contexto. Ainda que se possa dizer que as cotas sejam por demais simplórias, não se pode dizer que são inconstitucionais por isso, já que sua simplicidade decorre unicamente do fato de que as universidades não costumam adotar políticas de admissão mais complexas. Seria uma pretensão abusiva condicionar a constitucionalidade das ações afirmativas a fórmulas mais complexas que as cotas e simultaneamente admitir que as universidades não adotem políticas complexas de admissão.

Uma cota é um critério quantitativo. Mas qualquer outro critério associado ao vestibular necessariamente precisa incluir critérios quantitativos, como por exemplo pontos extras por origem étnica, talento especial, etc.

Deve-se entretanto fazer uma ressalva. É importante que qualquer política afirmativa leve em conta as especificidades regionais. Uma cota fixada para todo o país certamente ignoraria as diferenças entre regiões e entre instituições. Ainda que seja possível uma regulamentação federal em termos gerais, parece-nos que cada universidade deve poder elaborar a política de admissão que melhor convir à comunidade na qual está inserida. As comunidades devem ter o direito, inclusive, de entender que em sua região o problema do racismo não justifica uma medida de tal natureza. Impostas de cima para baixo, o sucesso das ações afirmativas pode ficar comprometido. O bom desempenho dessas políticas está diretamente associado à mobilização dos interessados. E essa mobilização não pode se dirigir exclusivamente ao Congresso Nacional, nem pode se esgotar no processo legislativo. Assim como a composição racial de cada região varia, varia a intensidade do preconceito e discriminação em cada lugar. Desse modo, uma medida que ignora o estado da

organização dos movimentos sociais em cada lugar pode representar ao invés de um avanço, um retrocesso, pois despertaria um discurso de resistência que poderia *sabotar* a implementação efetiva dessas políticas sem a presença de um movimento negro ou indígena organizado para encaminhamento de demandas concretas. É questionável portanto uma previsão legal como aquela prevista no projeto de lei do Estatuto da Igualdade Racial, que determina que em todo o país tanto pretos como pardos devem ser incluídos na categoria de negros. Embora se possa dizer, como Degler ou Tales de Azevedo, que a mestiçagem tem sido uma *válvula de escape* contra o preconceito, usada por pessoas identificadas como mulatas, o que tem desarticulado e isolado a identidade negra, não se pode negar o direito de uma pessoa mestiça se identificar como euro-descendente ou branco, ou mesmo não se identificar com nenhum desses padrões, preferindo ser identificada como pertencente de um grupo a parte, nem branco nem negro. Em razão de circunstâncias locais em que preponderam diferentes perfis de população, a mesma pessoa que numa certa região é tratada como branca, pode ser em outro local do país ser tratada como negra. Desse modo o sentimento de pertença de tal pessoa vai variar conforme o modo como ela é tratada no local onde vive e pelas experiências de prestígio ou desprezo que tenha sofrido ao longo de sua vida em razão de sua aparência.

As cotas fixas sem dúvida alguma são critérios racialmente explícitos. Sem embargo, qualquer ação afirmativa só pode ser compreendida como tal se usar critérios racialmente explícitos. E nem poderia ser diferente, já que o objetivo explícito é aumentar o número de profissionais índios e negros que possuam nível de escolarização superior. Mas este é o objetivo imediato. A longo prazo o objetivo é justamente reduzir o grau de consciência racial da sociedade. É impossível uma sociedade cega às cores

enquanto as profissões estiverem segregadas por cor. É hipocrisia falar numa Constituição cega às cores enquanto continuar a causar espanto a presença de um negro como médico e não como faxineiro do hospital. Presenciei o depoimento de um índio professor de português, que lecionava numa escola particular de São Paulo, que relatou o caso de uma mãe que retirou sua filha da escola ao saber que um índio daria aulas de português. Só a presença de mais professores índios pode criar as condições para que as pessoas deixem de ter esse tipo de preconceito. Enquanto não for natural e comum um índio como professor, como engenheiro ou médico, nós não seremos cegos à raça das pessoas. Só quando se tornar comum a presença de membros minorias raciais em profissões de prestígio a raça deixará de ter relevância e poderá deixar de ser percebida ou, pelo menos, deixar de determinar o lugar das pessoas. Deparar-se com um magistrado negro é espantosamente raro. Deparar-se com um juiz índio chega a ser inimaginável. As pessoas em geral não aceitam nem mesmo que um índio calce sandálias, como se isso fosse prova de que não é um *índio verdadeiro*. Impossível não perceber como nossa visão naturaliza a condição social do indivíduo em razão do grupo com o qual é identificado, como se pra calçar sapatos o indivíduo fosse obrigado a abrir mão de sua identidade e subjetividade. Mesmo em setores mais acessíveis à promoção social a segmentação racial pode ser enxergada. No futebol, por exemplo, que é um caminho de ascensão social que não depende da escolaridade, a presença negra é intensa nos gramados. Entretanto, é quase absoluta a ausência de pretos entre treinadores e árbitros, que são profissões em que o talento individual não é capaz de garantir sucesso, pois se exigem outras qualificações e, talvez, porque essas profissões estão associadas no imaginário popular a capacidades intelectuais e não a capacidades atléticas. Nesse

ponto específico, é aplicável à realidade brasileira o mesmo comentário de Dworkin a respeito da sociedade americana:

Os programas [de ações afirmativas] baseiam-se em dois juízos. O primeiro diz respeito à teoria social: que os Estados Unidos permanecerão impregnados de divisões raciais enquanto as carreiras mais lucrativas, gratificantes e importantes continuarem a ser prerrogativa de membros de raça branca, ao passo que outros se vêem sistematicamente excluídos de uma elite profissional e social. O segundo é um cálculo de estratégia: que aumentar o número de negros atuando nas várias profissões irá, a longo prazo, reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial na comunidade negra, até que os negros passem a pensar em si mesmos como indivíduos capazes de ter sucesso, como os outros, por meio do talento e da iniciativa. Nesse ponto futuro, as conseqüências, quaisquer que venha a ser elas, dos programas de admissão não raciais, poderão ser aceitas sem nenhuma impressão de barreiras ou injustiça raciais.

Portanto, é a pior incompreensão possível supor que os programas de ação afirmativa têm como intuito produzir uma América balcanizada, dividida em subnações raciais e étnicas. Usam-se medidas vigorosas porque as mais suaves fracassarão, mas seu objetivo final é diminuir, não aumentar a importância da raça na vida social e profissional norte-americana.<sup>322</sup>

Nas raríssimas vezes em que um cidadão, de qualquer cor, se depara com um médico preto ou índio, sua surpresa, ainda que não confessada, revela o quão racialmente conscientes somos no Brasil. Essa consciência racial só poderá deixar de existir quando a presença de um índio ou de um preto num tribunal, na direção de uma

---

<sup>322</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio* – São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 439.

grande empresa ou em qualquer outro espaço de prestígio ou projeção deixar de ser algo inusitado. Sem isso, dificilmente teremos uma sociedade cega à cor.

O Estado Democrático é sustentado na participação, na inclusão e na presença. Políticas afirmativas só se justificam se existirem para dar efetividade a esse requisito, trazendo aos espaços públicos de formação da vontade política o ponto de vista das minorias discriminadas. Se a sociedade brasileira quer saber se políticas de proteção de minorias raciais discriminadas são legítimas ou alienantes, a primeira condição desse debate é que seja levada em conta a participação dos principais interessados. Se esse debate se dá dentro das universidades, é no mínimo contraditório que ele se dê sem a presença dessas minorias discriminadas. Para a universidade discutir de forma democrática sobre si própria e sobre o componente racial da comunidade acadêmica, o mínimo que se espera é que negros e índios estejam presentes em suas cadeiras.

### 3.4 DIREITOS A CONQUISTAR

De acordo com Axel Honneth, toda conquista de direitos é fruto de uma luta contra um desprezo concreto, e só quando as pessoas que sofrem esse mesmo desprezo articulam suas experiências de discriminação é que são capazes de reivindicar respeito.<sup>323</sup>

Caso as ações afirmativas sejam implementadas como mera concessão de benefícios, impostas de cima e uniformemente, corre-se o risco de transformarem-se em letra morta, em mais uma Abolição incompleta. Só quando as próprias vítimas do preconceito apresentam no debate político sua perspectiva das relações raciais é que seus argumentos podem obter legitimidade suficiente para orientar a produção do direito. Nesse caso, a articulação de experiências de discriminação é que definirá os critérios da dinâmica entre igualdade de fato e igualdade de direito, isto é, definirá quando e como aquilo que é igual deverá ser tratado como igual e aquilo que é diferente deverá ser tratado de modo diferente.

Os direitos subjetivos só podem ser adequadamente fundamentados se antes disso forem bem articulados e formulados os aspectos que se entendem relevantes para que as pessoas sejam tratadas como iguais. E isso só pode ser feito tomando-se as experiências de discriminação vividas pelas vítimas do preconceito. Sem isso, sempre se incorrerá no risco de tutelar as vítimas como se fossem incapazes, ou de dar o racismo por inexistente. Ou como resume Habermas:

Tanto as porta-vozes, como os intelectuais em geral, só podem estar seguros de não estarem prejudgando nada nem tutelando ninguém, quando todos os atingidos tiverem a chance efetiva de levantar a sua voz e de exigir direitos a partir de experiências concretas de lesão da integridade, de desfavorecimento

---

<sup>323</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais* – São Paulo: Editora 34, 2003.



e de opressão. As condições concretas de reconhecimento, seladas por uma ordem jurídica legítima, resultam sempre de uma “luta por reconhecimento”; e essa luta é motivada pelo sofrimento e pela indignação contra um desprezo concreto.<sup>324</sup>

No poema dramático *O Emparedado*, o poeta negro Cruz e Souza descreve o angustiante itinerário do negro que se vê aprisionado pela discriminação racial que lhe barra todos os caminhos. Ao longo do poema o narrador-lírico nega até mesmo sua condição de artista, isto é, nega mesmo aquilo que lhe dá identidade e individualidade. Diante de tantas paredes, o lugar natural do indivíduo como que se naturaliza, obrigando-o a se resignar com sua inferioridade ou ser aprisionado naquele esquizofrênico sistema de duplo vínculo de que fala José Jorge de Carvalho.

No século XIX, Joaquim Nabuco acreditava que os abolicionistas estavam imbuídos de um *mandato da raça negra*. Dado que os negros eram coisas, seres reificados pelo direito, e não havia condições de mobilização e reivindicação de direitos por parte destes, caberia aos brancos a tarefa de emancipá-los. Embora Nabuco demonstrasse rara lucidez para uma série de problemas que tornavam o fim da escravidão muito mais que uma lei abolicionista, acreditava que seria possível ganhar a causa abolicionista no parlamento, criando-se políticas voltadas para a inclusão dos negros. Todavia, salvo raras exceções, os negros não participaram do processo da Abolição.

Portanto não é de se surpreender que o movimento negro em geral não se identifique com a história do movimento abolicionista. Não se trata de negar importância ao abolicionismo. Trata-se apenas de perceber que os negros em geral não

---

<sup>324</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia*, vol. II, p. 168.

se identificam nem se reconhecem naquela história. Não se pode negar que o fim da escravidão foi uma conquista. Contudo, não foi uma conquista negra.

De acordo com Dworkin, toda decisão jurídica reconstrói a história institucional da comunidade de direito, dando continuidade a um romance em cadeia no qual seus autores se identificam como uma comunidade de destino. Mas ao reconstruir a história do abolicionismo, os negros não se vêem lá. A escritora Maria Dezonne Pacheco Fernandes, ao escrever seu célebre romance sobre o movimento abolicionista, inevitavelmente foi levada a construir uma estória de brancos. No romance *Sinhá Moça*, todos os personagens principais são brancos. A personagem que dá título à obra bem poderia encarnar o papel da Princesa Isabel maternalmente assinando a Lei Áurea. Os demais protagonistas são, muito significativamente, jovens bacharéis que heroicamente lutam por sua causa. A libertação acontece como concessão do opressor. O negro participa como cenário ou no máximo como coadjuvante. E não se pode negar que essa seja uma reconstrução possível, e adequada, que pode ser feita daquele movimento.

Existem comunidades negras, descendentes de quilombos, no interior do Nordeste que têm o costume de celebrar a fim da escravidão através de autos teatrais cujo roteiro descreve a libertação como conquista de negros que, depois de lutarem contra capitães-do-mato, seqüestram o rei e lhe exigem uma carta de alforria como resgate. Embora um caso assim seja de inegável força simbólica, fora do contexto rural daquelas pequenas comunidades tradicionais que preservam a história sob a forma mítica transmitida em festejos e encenações, é impossível não reconhecer que o fim da escravidão não foi fruto de uma luta por reconhecimento e por acesso a direitos e cidadania.

O maior risco que correm as ações afirmativas é que sejam concebidas da mesma maneira. Como favores ou benefícios concedidos paternalisticamente. Elas serão tão mais efetivas quanto forem ativos os movimentos negros e indígenas locais junto a cada universidade. Tradicionalmente a universidade tem tratado negros e índios como objeto de estudo, sem instituírem experiências de qualificação acadêmica para que membros dessas duas minorias possam trazer à universidade suas experiências de discriminação.

Diante de uma política de preferência para entrada na universidade é natural que se pense que tal benefício pode ser compreendido pelo beneficiário como uma concessão paternalista que fere sua dignidade. É natural que se pense nos possíveis efeitos negativos das cotas para alunos índios e negros que podem eventualmente ser discriminados no ambiente acadêmico e terem sua capacidade intelectual questionada. Mas não podemos antecipar a resposta a uma questão que deve ser dirigida em primeiro lugar aos próprios movimentos indígena e negro, pois é a dignidade destes é que está em questão. Portanto, somente eles podem afirmar se as políticas de cotas no ensino superior vilipendiam ou não sua dignidade.

Mas enquanto as cotas no ensino superior estiverem sendo reivindicadas autonomamente pelos movimentos indígena e negro não se poderá afirmar que elas denigrem a dignidade destes indivíduos, pois isso seria falar em nome alheio. Se o indivíduo índio ou negro não tem interesse em se declarar como tal ou não tem interesse em concorrer pelo sistema de cotas, basta que ele faça tal opção. É claro que ninguém pode ser obrigado a declarar sua identidade étnica nem concorrer a uma vaga universitária valendo-se da política de cotas. Portanto a existência de uma política que

permita que indivíduo resguarde seu desejo de não participar dela não fere direitos individuais.

Se amanhã as políticas de cotas se revelarem ineficazes ou mesmo se vier a constatar que não estão beneficiando o público para quem foram pensadas, os movimentos indígena e negro serão obviamente os primeiros a reivindicar seu fim, pois se isso acontecer eles não estarão sendo beneficiados e não terão interesse em sustentar uma política feita em seu nome. Mas enquanto os movimentos indígena e negro estiverem demandando tais políticas como um interesse seu será falacioso que neguemos a legitimidade de tal posição com base num juízo moral nosso, pois não podemos decidir, com base em nossos valores, aquilo que o outro deve querer. Em suma, se temos o legítimo receio de que as políticas afirmativas possam ferir a dignidade dos indivíduos beneficiados, então devemos perguntar a esses indivíduos se também compartilham desse receio e se estão dispostos a correr esse risco, e não decidir em nome deles, simplesmente desconsiderando o que tais indivíduos sentem a respeito.

Na década de 1950 o sociólogo Luiz Antônio da Costa Pinto, que participou do célebre projeto da UNESCO, publicou um trabalho no qual criticava organizações negras, em especial o Teatro Experimental do Negro, dirigido por Abdias Nascimento, acusando o movimento negro de uma “falsa consciência” e de um “racismo às avessas” praticado por uma “elite burguesa intelectualizada e pigmentada”. Note-se que sua pesquisa não foge da conclusão geral de que os negros tendem a perceber as relações raciais de modo diferente dos brancos. A ressalva que fez foi que, para ele, a visão dos negros seria distorcida.

Guerreiro Ramos e outros intelectuais negros reagiram ao fato, enviando um telegrama à UNESCO, que patrocinara as pesquisas de Costa Pinto, apontando a

“tendenciosidade” de suas conclusões. Em resposta, Costa Pinto publicou um artigo no diário carioca, *O Jornal*, nos seguintes termos: “duvido que haja biólogo que depois de estudar, digamos, um micróbio, tenha visto esse micróbio tomar da pena e vir a público escrever sandices a respeito do estudo do qual ele participou como material de laboratório”.<sup>325</sup> De certo modo é essa a relação que a universidade tem tido com negros e índios, uma relação de sujeito e objeto.

Entretanto, é possível que as ações afirmativas sejam concebidas de forma diferente. Mas essa concepção tem menos a ver com previsão legislativa do que com a efetiva luta dos movimentos sociais na institucionalização de canais de participação. Nesse sentido é fundamental a participação dos movimentos sociais como condição necessária para que negros e índios não sejam apenas objetos estudados em microscópio ou coadjuvantes de sua própria história.

Nenhuma lei ou portaria universitária, por mais sensível que seja ao contexto, poderá efetivar o direito à igualdade se ela não fortalecer, simultaneamente, a posição dos negros e índios na esfera pública, promovendo sua participação em organizações da sociedade civil nas quais possam pôr em debate os critérios relevantes acerca da definição das políticas de equiparação. A condição elementar da inclusão é a presença.

É inócua toda discussão sobre o combate à segmentação racial das universidades se os principais interessados não estiverem presentes na universidade. Sem isso, a universidade encarnará aquele mesmo papel dos heróicos bacharéis do abolicionismo.

Veja que a participação dos interessados, ainda que como possibilidade, é uma exigência do Estado de Direito democrático, as políticas de inclusão em espaços de articulação e circulação da opinião pública e de produção do conhecimento, como são as

---

<sup>325</sup> NASCIMENTO, Elisa Larkin. *O sortilégio da cor: identidade, raça e gênero no Brasil* – São Paulo: Selo Negro, 2003, p. 274.

universidades, não podem ser encaradas apenas como prerrogativa possível, pois em situações de grande exclusão, elas se tornam indispensáveis à produção de um direito legítimo. A aplicação dos princípios constitucionais exige a inclusão como condição de legitimidade do direito. Portanto, a reserva de vagas para minorias discriminadas não pode ser compreendida como proteção de incapazes, mas como canal de participação democrática e legitimação da saber acadêmico e, de resto, do próprio direito.

(...) práticas de participação na administração não devem ser tratadas apenas como sucedâneos da proteção jurídica, e sim como processos destinados à legitimação de decisões, eficazes *ex ante*, os quais, julgados de acordo com seu conteúdo normativo, substituem atos da legislação e da jurisdição.<sup>326</sup>

As paredes do preconceito de cor que aprisionaram Cruz e Sousa num sentimento inexorável de inferioridade e que, não obstante seu impressionante mérito artístico, o fazia pensar em si próprio não como indivíduo, mas como membro de uma raça emparedada, só poderão ser demolidas pelos próprios *poetas* negros e índios que reconstruam sua história exigindo o direito de ter orgulho de suas origens.

Para fazê-lo é preciso que sejam articuladas suas experiências de discriminação, de modo a trazer a público os casos de atentado à sua dignidade. O acesso ao ensino universitário cria canais de organização e possibilita o surgimento de laços de solidariedade entre os membros dessas minorias, capacitando-os na luta pelo reconhecimento de seus direitos. As políticas afirmativas, como quaisquer outras políticas públicas, “não se baseiam na idéia de que os que recebem auxílio têm direito a

---

<sup>326</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia*, vol. II, p. 184-185.

auxílio, mas apenas na hipótese estratégica de que ajudá-los agora é uma maneira eficaz de atacar um problema nacional”.<sup>327</sup>

Porém, como esclarecido a respeito da tensão dinâmica entre igualdade material e formal, nunca haverá uma síntese final. Toda resposta será válida apenas para seu contexto e, ainda assim, será passível à crítica e poderá, mudadas as circunstâncias, vir a ser alterada. Como no verso de João Cabral de Melo Neto, “não há guarda-chuva contra o mundo”, e os riscos da luta pelo reconhecimento e da luta pelo poder estarão em embate contínuo.

O paradigma democrático, muito menos que uma fórmula mágica, se constitui num procedimento aberto à crítica e à reflexão, um paradigma que só é seguro na medida em que desconfia de si próprio, pois, “para impedir, em última instância, que um poder ilegítimo se torne independente e coloque em risco a liberdade, não temos outra coisa a não ser uma esfera pública desconfiada, móvel desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste *nas condições da gênese do direito legítimo*”.<sup>328</sup>

No conto de Orígenes Lessa mencionado na introdução, ainda que a protagonista fosse cega às cores, estas não perdiam sua importância. Mesmo na escuridão as cores continuavam a determinar comportamentos, atitudes e antecipar conclusões. Embora não fossem percebidas pelos olhos, entravam por outros sentidos com o mesmo significado social. As cores das pessoas, muito mais que a uma característica física, estão atreladas a outros atributos individuais coletivamente compartilhados. A carga étnica, e ética, da cor é uma construção cultural que continua presente ainda que as cores se misturem ou sejam ocultadas. Assim a protagonista não era exatamente cega às

---

<sup>327</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio* – São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 443.

<sup>328</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia*, vol. II, p. 185.

cores, mas cega ao preconceito, pois acreditava que a diferença de *status* entre pessoas de cores diferentes se resumia à condição social. Aliás, era justamente o preconceito que lhe permitia, mesmo cega, continuar *enxergando* as cores com surpreendente precisão. Só quando a cor se apresentou dissociada da condição social e ainda assim determinou a separação das pessoas, é que percebeu que mesmo mudando-se a condição social, a cor continuava a determinar o lugar dos indivíduos.

De modo semelhante, o ideal democrático de uma Constituição cega às cores deve significar mais que a negação da cor, sob pena de ao invés de cega às cores ser cega aos preconceitos. A legitimidade do ordenamento constitucional não decorre apenas da promulgação de um texto especial por maioria qualificada no Congresso Nacional, dependendo também de como a sociedade se apropria e se utiliza da Constituição.

Sob tal pressuposto, medidas de inclusão de grupos discriminados são indispensáveis para que a esfera pública não seja colonizada por determinado grupo ou ideologia. É um processo infinito que não se realiza por aritmética, pois são infinitos os grupos sociais com os quais o indivíduo pode se identificar e são escassos os recursos econômicos e bens jurídicos disponíveis na sociedade. A legitimação se dá pela existência de procedimentos de participação, para que a própria sociedade decida quando uma forma de discriminação específica irá requerer a atenção de políticas públicas específicas para se combater determinada situação de exclusão.

A aplicação de políticas de equiparação material será justificável sempre que se estiver diante de uma desigualdade social que possa ser tida como inconstitucional, concebendo-se inconstitucional não apenas como atributo da lei contrária à constituição, mas também como qualquer violação ou restrição de direitos que agrida diretamente a



Constituição. E isso só pode ser feito pela própria sociedade civil organizada, através de argumentos apresentados na esfera pública e ouvindo-se a opinião e as reivindicações dos beneficiários de tais políticas.

Numa entrevista dada pelo poeta negro, Ricardo Aleixo, à TV Cultura, em 2006, lhe foi perguntado sobre se sua condição de negro teria algum reflexo em seu trabalho. Ao responder, deixou claro que a causa do combate ao racismo não era tema ou objetivo de seus poemas. Sem embargo, esclareceu também, a partir da história de sua família, que o fato de ser negro era decisivo em sua experiência de vida e inevitavelmente influenciava sua postura perante a vida e a sociedade.

Contou que seu pai se mudara para Belo Horizonte no início do século XX para trabalhar como operário na construção de obras públicas da jovem capital. No entanto, apesar de construir os espaços públicos da cidade, por ser negro, não podia frequentar alguns desses mesmos espaços públicos, como o *footing* dos fins de semana na Praça da Liberdade. Não lhe bastava colocar uma bela roupa para se misturar à *boa sociedade*, pois sua condição inferior era denunciada pela cor. Em pleno século XX, num Estado republicano, até mesmo o acesso ao lazer público e gratuito lhe era vedado. Não por ser pobre, mas por ter a cor errada.

Por isso, Ricardo Aleixo afirmou que ao ser convidado para a entrevista a uma rede de televisão, fez questão que a mesma fosse feita na Praça da Liberdade, pois queria mostrar a seu pai, que ainda era vivo, que seu filho negro ocupara o espaço que a ele fora negado. *A afirmação de sua identidade pessoal, como indivíduo e como poeta, significava necessariamente a afirmação de sua cor e de sua herança racial.*

A maioria da população branca de Belo Horizonte nunca ouviu falar que, no tempo de seus pais, negros eram intimidados para não passearem na Praça da Liberdade.

Do seu ponto de vista privilegiado, de quem nunca sofreu a experiência da discriminação, nunca houve racismo ali. Casos como esse devem servir para reflexão quando ouvimos nossa comunidade acadêmica e nossas classes médias falarem de si mesmas e afirmarem de maneira tão segura que não há racismo entre nós.

Em suas *Confissões*, Santo Agostinho nos diz que o tempo se realiza no espírito, de sorte que todo tempo é simultaneamente presente em nosso pensamento, pois o passado só existe como memória, o futuro como expectativa e o presente como atenção.<sup>329</sup> Do mesmo modo, a postura adotada pelo intérprete do direito ao atentar para o ordenamento presente influencia tanto a realização de seus objetivos quanto o modo como compreende sua história jurídica e institucional. Tanto a reconstrução do passado como a realização do futuro se concretizam no momento presente em nossas opiniões, atitudes e no modo como atentamos para a realidade e nos enxergamos uns aos outros. Isso talvez sirva para nos lembrar que é preciso desconfiar dos saberes estabelecidos e dos pontos de vista pré-fixados, e que a efetivação da justiça e da igualdade requer constante e cautelosa atenção.

---

<sup>329</sup> AGOSTINHO, Santo. *Confissões* – 4 ed. – São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 228.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira* – São Paulo: Brasiliense, 1988.

AGOSTINHO, Santo. *Confissões* – 4 ed. – São Paulo: Nova Cultural, 1987.

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

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica* – México: Distribuciones Fontamara, 1993.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad.: Ernesto Garzón Valdéz – Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade ao feudalismo* – 5 ed. – São Paulo: Brasiliense, 1994.

ANDRADE, Regis de Castro. *Kant: a liberdade, o indivíduo e a república*. In WEFFORT, Francisco C. *Clássicos da Política*, volume 2 – São Paulo: Editora Ática, 2000.

ANDREWS, George Reid. *Ação Afirmativa: um modelo para o Brasil?* In SOUZA, Jessé (org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos* – Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 138.

AZEVEDO, Célia Maria Marinho. *Abolicionismo transatlântico e a memória do paraíso racial brasileiro*. In *Estudos Afro-Asiáticos*, n.º 30, 1996, p. 151-162.

\_\_\_\_\_. *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites século XIX* – 2 ed. – São Paulo: Annablume, 2004.

AZEVEDO, Fernando. *As ciências sociais no Brasil* – São Paulo: Melhoramentos, 1956.

AZEVEDO, Tales. *As elites de cor: um estudo de ascensão social* – São Paulo: Editora Nacional, 1955.

BAMSHAD, Michael; WOODING, Stephen; SALISBURY, Benjamin A.; STEPHENS, Clairborne. *Desconstructing the relationship between genetics and race*. In: Nature Reviews, volume 5, August, 2004, p. 598-608.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Relações Raciais entre negros e brancos em São Paulo* – São Paulo: UNESCO/ANHEMBI, 1955.

BASTIDE, Roger. *Branços e negros em São Paulo* – São Paulo: Editora Nacional, 1959.

\_\_\_\_\_. Roger. *O negro no mundo dos brancos* – São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972.

BEVILACQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife* – 2. ed. – Brasília: IHL, 1977.

BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela. *Levando a Raça a Sério: ação afirmativa e universidade* – Rio de Janeiro, DP&A, 2004.

BRASIL, FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. *Saúde da População Negra no Brasil: contribuições para a promoção da igualdade* – Brasília: FUNASA, 2005.

BOBBIO, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant* – 3 ed. – Brasília: Editora UnB, 1995.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito* – São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política* – 5 ed. – Brasília: Editora UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

CALLIGARIS, Contardo. *Notas sobre os desafios para o Brasil*. In: SOUZA, Jessé (org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos* – Brasília: Paralelo 15, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado* – 2 ed. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octavio. *Cor e mobilidade social em Florianópolis* – São Paulo: Editora Nacional, 1960.

CARNEIRO, Edison. *Antologia do negro brasileiro: de Joaquim Nabuco a Jorge Amado, os textos mais significativos sobre a presença do negro em nosso país* – Rio de Janeiro: Agir, 2005.

CARVALHO, José Jorge. *Inclusão Étnica e Racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior* – São Paulo: Attar Editorial, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi* – 3 ed. – São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Revista de Direito Comparado, v. 3, 1998.

\_\_\_\_\_. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. in: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 141-163.

CARRACEDO, José Rubio. *La psicología moral (de Piaget a Kohlberg)*. In: CAMPS, Victoria. *História de la ética* – Barcelona: Ed. Crítica, s/d, pp. 481-532.

CAVALLEIRO, Eliane dos Santos. *Discursos e práticas racistas na educação infantil: a produção da submissão social e do fracasso escolar*. In: QUEIROZ, Delcele M (org.). *Educação, racismo e anti-racismo* – Salvador: Novos Toques, 2000.

\_\_\_\_\_. *Do silêncio do lar ao silêncio escolar: racismo, preconceito e discriminação na educação infantil* – São Paulo: Contexto, 2000.

COLBY, Anne; e KOHLBERG, Lawrence. *The measurement of moral judgement: theoretical foundations and research validation*. Vol. 1 – Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

COSTA, Alexandre Bernardino. *Desafios da teoria do poder constituinte no estado democrático de direito*. Tese (doutorado em direito constitucional). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2005.

CUNHA, Euclides. *À margem da História* – 6.<sup>a</sup> ed. – Porto: Livraria Lello e Irmão, 1946.

CUNHA, Manuela Carneiro. *Negros, estrangeiros: os escravos libertos e sua volta à África* – São Paulo: Brasiliense, 1985.

DAVATZ, Thomaz. *Memórias de um colono no Brasil* – São Paulo: Martins Editora/Ed. da USP, 1972.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* – 4 ed. – São Paulo: LTr, 2005.

DESCARTES, René. *Discurso sobre o método. Meditações. In: OS PENSADORES* – São Paulo: Editora Nova Abril Cultura, 1999.

DE GIORGI, Raffaele. *Semântica da idéia de direito subjetivo, in DIREITO, DEMOCRACIA E RISCO: vínculos com o futuro* – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

DEGLER, Carl N. *Nem preto nem branco: escravidão e relações raciais no Brasil e nos Estados Unidos* – Rio de Janeiro: Editorial Labor do Brasil, 1976.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana: teoria e prática de igualdade* – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 2 V. 10 ed – São Paulo: Globo/Publifolha, 2000.

FAZZI, Rita de Cássia. *O drama racial de crianças brasileiras: socialização entre pares e preconceito* – Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes* – São Paulo: Dominus e EDUSP, 1965, 2 volumes.

\_\_\_\_\_. *A integração do negro no Brasil* – São Paulo: Ática, 1978, 2 volumes.

FREITAG, Bárbara. *A moralidade infantil segundo Piaget: um estudo empírico entre crianças paulistas*. *Anuário de Educação*, 80 – Rio de Janeiro/Fortaleza: Tempo Brasileiro/Editora de UFC, 1981.

\_\_\_\_\_. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade* – Campinas: Papyrus, 1992.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala* – 46 ed. – Rio de Janeiro: Record, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ordem e Progresso* – Rio de Janeiro: José Olympio, 1959, 1.º Tomo, CXLVI.

\_\_\_\_\_. *Um brasileiro em terras portuguesas* – Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1953.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil* – São Paulo: Cia Editora Nacional, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica* – 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

GALBRAITH, John Kenneth. *A era da incerteza* – 8 ed. – São Paulo: Pioneira, 1986.

GIRGLIOLI, Píer Paolo. Burocracia. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política* – 5 ed. – Brasília: Editora UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 125-126.

GOMES, Nilma Lino; MARTINS, Aracy Alves (orgs.) *Afirmando Direitos: acesso e permanência de jovens negros na universidade* – Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

GOMES, Tiago de Melo. *Problemas no paraíso: a democracia racial brasileira frente à imigração afro-americana (1921)*. In: *Estudos Afro-Asiáticos*, vol. 25, nº 2, Rio de Janeiro, 2003.

GRIN, Monica. *Cor, etnia e ritualização do mérito no acesso à UFRJ*. In QUEIROZ, Delcele Mascarenhas (coord.). O negro na universidade – Salvador: Novos Toques, n. 5, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. 2 V. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, J., *Conhecimento e Interesse*, in BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W.; HABERMAS, Jürgen. *Textos Escolhidos* – São Paulo: Abril Cultural, 1975, Coleção OS PENSADORES, Vol. XLVIII.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: Estudos de teoria política* – São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Mudança estrutural na Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa* – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, Jürgen. *Paradigms of Law*, in ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges* – University of California Press, 1998, p. 13-25.

HAGA, Susanne B.; VENTER, J. Craig. *FDA race in wrong direction*. In: SCIENCE, 25 July 2003, volume 301, p. 466.

HELLWING, David (org). *African-American reflections on Brazil's racial paradise* – Philadelphia: Temple University Press, 1992.

\_\_\_\_\_. *A new frontier in a racial paradise: Robert S. Abbot's brazilian dream*. In Luso-brazilian Review, vol. 25, n 1, 1988, p. 59-67.

HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90* – Rio de Janeiro: IPEA, jul. 2001 (Texto para Discussão n.º 807).

HILTON, Ronald. *Portugal and Brazil* – Oxford: H. V. Livermore ed., 1953.

HOBSBAWN, Eric. *A era do capital: 1848-1875* – 9 ed. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

\_\_\_\_\_. Eric J. *A era dos impérios* – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil* – 26 ed. – São Paulo: Cia das Letras, 1995.

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

*Estratégias de superação do racismo institucional*. In: JORNAL ÌROHÌN, Brasília, ano X, n.º 10, abr/mai., 2005, p. 11-12.



- IANNI, Octavio. *Raças e classes sociais no Brasil* – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.
- JAGUARIBE FILHO, Domingos José Nogueira. *Reflexões sobre a colonização do Brasil* – São Paulo: A.L. Garraux e Cia, 1878, p. 278.
- JORDE, Lynn B.; WOODING, Stephen P. *Genetic variation, classification and 'race'*. In: Nature Genetics Supplement, volume 36, n. 11, November 2004, p. 528-533.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática* – São Paulo: Martin Claret, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentação da metafísica dos costumes* – Lisboa: Editora 70, s/d.
- \_\_\_\_\_. *Principios metafísicos del derecho* – Buenos Aires: Editorial Americale, 1943.
- KISSINGER, Henry. *Diplomacia: a diplomacia das grandes potências* – 2 ed. – Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1999.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- LEAL, Maria do Carmo; GAMA, Silvana G. N. da. *Desigualdades raciais na assistência pré-natal e ao parto no município do Rio de Janeiro, 1999-2001* – Rio de Janeiro, 2003, mimeografado.
- LEAL, Vítor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil* – São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1975.
- LESSER, Jeffrey. *Legislação imigratória e dissimulação racista no Brasil (1920 – 1934)*. In: Arché, vol. 3, nº 8, 1994, p. 79-98.
- LEVINE, Robert E. *Pernambuco na federação brasileira 1889-1937: a velha usina* – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.
- LÉVIS-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural 2* – 4 ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos. *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais* – Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 83-125.

LOUREIRO, Stefânie Arca Garrido. *Identidade étnica em re-construção: a ressignificação da identidade étnica de adolescentes negros em dinâmica de grupo na perspectiva existencial humanista* – Belo Horizonte: O Lutador/De Paulo Editora, 2004.

LUHMANN, Niklas. *A sociedade mundial como sistema social*. Lua Nova, nº 47 – São Paulo: CEDEC, 1999.

LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele *Teoria della Società* – 6 ed. – Milano: Franco Angeli, 1994.

\_\_\_\_\_. *La differenziazione del diritto* – Bolonha: Il Mulino, 1990.

\_\_\_\_\_. *La positività Del diritto come presupposto de uma società moderna*. In *La differenziazione del diritto* – Bolonha: Il Mulino, 1990.

\_\_\_\_\_. *The differentiation of society* – New York: Columbia University Press, 1982.

\_\_\_\_\_. *The Third Question: the criative use of paradox in law and legal history* – Journal of Law and Society, Vol. 15, nº 2, 1988.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito*, 2 volumes – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. “Sulla funzione dei “diritti soggettivi””. In: *La differenziazione del diritto* – Bologna: Il Mulino, 1990.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica*. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.) *Hermenêutica plural: possibilidades justafilosóficas em contextos imperfeitos* – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Uso Criativo dos Paradoxos do Direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia*. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea* – Curitiba: JM Editora, 1997.

MAGGIE, Yvonne; REZENDE, Cláudia Barcellos. *Raça como Retórica: a construção da diferença* – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

MARIA, Dione. *Anemia falciforme: estigma de doença de negro, descaso, sofrimento e morte*. In: JORNAL IROHÌN, Brasília, ano X, n.º 10, abr/mai., 2005, p. 5-9.

MARX, Anthony W. *A construção da raça no Brasil: comparação histórica e implicações políticas*. In: SOUZA, Jessé (org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos – Brasília: Paralelo 15, 1997.*

MAYR, Ernst. *What is a species, and what is not*. Philosophy of Science, Vol. 63, June 1996, p. 262-277.

MAUS, Ingborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”*. In Novos Estudos CEBRAP n.º 58, novembro de 2000.

MEADE, Teresa; PIRIO, Gregory Alonso. *In search of the afro-american eldorado: attempts by north-american blacks to enter Brazil in the 1920's*. In: Luso-Brazilian Review, vol. 25, n.º 1, 1988, p. 85-110.

MELLO, Antônio da Silva. *A superioridade do homem tropical – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.*

MOOG, Vianna. *Bandeirantes e pioneiros: paralelo entre duas culturas – e ed. – Porto Alegre: Globo, s/d.*

MOURA, Clóvis. *As injustiças de Clio: o negro na historiografia brasileira – Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990.*

MOURA, Dione Oliveira. *Plano de metas para a integração social, étnica e racial na UnB: relato da comissão de implementação*. In: BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela. *Levando a Raça a Sério: ação afirmativa e universidade – Rio de Janeiro, DP&A, 2004, p. 217-228.*

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo: a questão fundamental da democracia – São Paulo: Max Limonad, 2003.*

MÜLLER, Maria Lúcia. *Professoras negras no Rio de Janeiro: história de um branqueamento*. In: OLIVEIRA, Iolanda de (org.). *Relações Raciais e Educação – Rio de Janeiro: DP & A, 2003, p. 73-106.*

MUNANGA, Kabengele. *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra* – Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

\_\_\_\_\_. *Políticas de Ação Afirmativa em Benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa das cotas*. In: GOMES, Nilma Lino; MARTINS, Aracy Alves (orgs.) *Afirmando Direitos: acesso e permanência de jovens negros na universidade* – Belo Horizonte: Autêntica, 2004, p. 47-59

NABUCO, Joaquim. *Campanhas na Imprensa*. São Paulo: Instituto Progresso Editorial S.A, 1949. 269p

\_\_\_\_\_. *O Abolicionismo*. – 5 ed. – Petrópolis: Vozes, 1988. 172p

\_\_\_\_\_. *Joaquim Nabuco: política / Paula Beiguelman (org. da coletânea)* – São Paulo: Ática, 1982

NASCIMENTO, Abdias do. *Brazil: mixture or massacre?* – Dover: majority Press, 1979.

NASCIMENTO, Elisa Larkin. *O sortilégio da cor: identidade, raça e gênero no Brasil* – São Paulo: Selo Negro, 2003.

NOGUEIRA, Oracy. *Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem*, in ANAIS do XXXI Congresso Internacional de Americanistas – São Paulo, 1954, vol. 1.

NORVELL, John M. *A Brancura Desconfortável das Camadas Médias Brasileiras*. In: MAGGIE, Yvonne; REZENDE, Cláudia Barcellos. *Raça como Retórica: a construção da diferença* – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 247-267.

NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático* – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação e Garantia Processual Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos n° 88, dezembro de 2003 – Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial* – 3 ed. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

POGGI, Gianfranco. *A Evolução do Estado Moderno* – Rio de Janeiro: Zahar Editores S.A, 1981.

PRADO JR. Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia* – 12 ed. – São Paulo: Brasiliense, 1972.

\_\_\_\_\_. *História Econômica do Brasil* – 12 ed. – São Paulo: Brasiliense, 1970.

QUEIROZ, Delcele M (org.). *Educação, racismo e anti-racismo* – Salvador: Novos Toques, 2000.

\_\_\_\_\_. Desigualdades raciais no ensino superior no Brasil. Um estudo comparativo. In: QUEIROZ, Delcele Mascarenhas (coord.). *O negro na universidade* – Salvador: Novos Toques, 2002, p. 13 *et. seq.*

QUEIROZ, Sônia. *Pé preto no barro branco: a língua dos negros da Tabatinga* – Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

QUILOMBO: vida, problemas e aspirações do negro. Edição fac-similar; apresentação de Abdias do Nascimento e Elisa Larkin Nascimento; introdução de Antônio Sérgio Alfredo Guimarães – São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo/Editora 34, 2003.

*Quinto Constitucional em Debate.* Voz do Advogado, Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Distrito Federal – ano 1, n.º 7 – Brasília, outubro de 2006, p. 24-25.

RAMOS, Arthur. *Os estudos negros e a escola de Nina Rodrigues.* In: CARNEIRO, Edison. *Antologia do negro brasileiro: de Joaquim Nabuco a Jorge Amado, os textos mais significativos sobre a presença do negro em nosso país* – Rio de Janeiro: Agir, 2005.

RAWLS, John. *Liberalismo político* – São Paulo: Ática, 2002.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: do Humanismo a Kant* – São Paulo: Paulus, 1990.

REICHMANN, Rebecca. *Race in contemporary Brazil: from indifference to inequality* – Pennsylvania State University Press, 1999.

RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. *Classe, Raça e Mobilidade Social no Brasil*. <http://www.iuperj.br/site/carloscr/textos/raca.pdf> (acesso em 01 de junho de 2007).

RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. *Desigualdade ou Discriminação* – Jornal da Ciência da SBPC, 18 de junho de 2007, disponível em <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=47891>, acessado em 18 de junho de 2007.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil* – São Paulo: Cia das Letras, 1995.

\_\_\_\_\_. *Gilberto Freyre: uma introdução a Casa-Grande & Senzala*. In: FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala* – 46 ed. – Rio de Janeiro: Record, 2002.

\_\_\_\_\_. *Mestiço é que é bom!* – Rio de Janeiro: Revan, 1996.

RODRIGUES, Petrônio. *Uma história não contada: negro, racismo e branqueamento em São Paulo no pós-abolição* – São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2004.

RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* – Salvador: Livraria Progresso Editora, 1957.

ROMÃO, José Eduardo Elias. *Justiça Procedimental: a prática da mediação na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas* – Brasília: Maggiore, 2005.

ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges* – University of California Press, 1998.

SACRAMENTO, Amália do Nascimento. *Controvérsias e importância do quesito cor*. In: JORNAL ÌROHÌN, Brasília, ano X, n.º 10, abr/mai., 2005, p.15.

SANTOS, Sales Augusto dos. *Ação afirmativa e mérito individual*. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos. *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais* – Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 83-125.

SARTRE, Jean-Paul. *O Ser e o Nada: ensaio de uma ontologia fenomenológica* –

SCHIMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar* – São Paulo: Scritta, 1996.

\_\_\_\_\_. *O conceito do político* – Petrópolis: Vozes, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Constitución* – Madrid: Alianza Editorial, 2001.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil, 1870-1830* – São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

\_\_\_\_\_. *Retrato em Branco e Negro: jornais, escravos e cidadãos em São Paulo no final do século XIX* – São Paulo: Cia das Letras, 1987.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* – 11 ed. – São Paulo: Malheiros, 1996.

SITES JR., Jack W.; MARSHALL, Jonathon C. *Delimiting species: a renaissance issue in systematic biology* – Trends in Ecology and Evolution, volume 18, n. 9, September 2003, p. 462-470.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento jurídico moderno* – São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

SOARES, Sergei Dillon Soares. *O perfil da discriminação no mercado de trabalho: homens negros, mulheres brancas e mulheres negras* – Brasília: IPEA, nov. 2000 (Texto para Discussão n.º 769).

SOUSA, João Cardoso de Meneses. *Teses sobre a colonização do Brasil: projeto de solução às questões sociais que se prendem a este difícil problema* – Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1875.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao direito – Série O direito achado na rua.. Volume I.* Brasília, UnB. 1993.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; AGUIAR, Roberto A. R. de. (orgs.). *Introdução crítica ao direito do trabalho – Série O direito achado na rua. Volume II.* Brasília, UnB. 1993.

SOUZA, Carmen. *Boas intenções, quase nenhuma consequência* In: JORNAL ÌROHÌN, Brasília, ano X, n.º 10, abr/mai., 2005, p. 10-11.

SOUZA, Jessé (org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos* – Brasília: Paralelo 15, 1997.

SOUZA, Jessé. *Multiculturalismo, racismo e democracia: por que comparar Brasil e Estados Unidos?* In: SOUZA, Jessé (org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos – Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 30.*

SOVIK, Liv. *Aqui ninguém é branco: hegemonia branca e media no Brasil.* In: WARE, Vron (org.). *Branquidade: identidade branca e multiculturalismo – Rio de Janeiro: Garamond, 2004.*

SOWELL, Thomas. *Ações Afirmativas ao Redor do Mundo: um estudo empírico – Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2004.*

TISHKOFF, Sarah A.; KIDD, Kenneth K. *Implications of biogeography of human populations for ‘race’ and medicine.* In: *Nature Genetics Supplement*, volume 36, n. 11, November 2004, p. 521-527.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A Emancipação dos Escravos.* – Campinas: Papirus, 1994.

TORRES, Alberto. *O problema nacional brasileiro: introdução a um programa de organização nacional – 4. ed. – Cia Editora Nacional/UnB, 1982.*

VIANA, Francisco José de Oliveira. *Populações meridionais do Brasil – São Paulo: Edições da Revista do Brasil-Monteiro Lobato e Cia. Editores, 1920;*

\_\_\_\_\_. *O idealismo da Constituição – Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.*

\_\_\_\_\_. *O typo brasileiro: seus elementos formadores.* In: *Dicionário Histórico, Geográfico e Etnológico do Brasil, Volume I – Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1922.*

\_\_\_\_\_. *Raça e assimilação – 3. ed. – Rio de Janeiro: Cia. Editora Nacional, 1938.*

VILELLA, João Baptista. *Aplicabilidade e eficácia da norma constitucional.* In: *Revista Síntese Nova Fase*, 51, 1990.

WALTES, Ronald. *Racismo e Ação Afirmativa.* In: SOUZA, Jessé (org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos – Brasília: Paralelo 15, 1997.*

WARE, Vron (org.). *Branquidade: identidade branca e multiculturalismo – Rio de Janeiro: Garamond, 2004.*



WEFFORT, Francisco C. *Clássicos da Política*, volume 2 – São Paulo: Editora Ática, 2000.

WERNECK, Jurema. *Iniquidades raciais em saúde e políticas públicas: as experiências do Canadá, Estados Unidos, África do Sul e Reino Unido*. In: BRASIL, FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. *Saúde da População Negra no Brasil: contribuições para a promoção da igualdade* – Brasília: FUNASA, 2005, p. 315-386.

WILTER, José Sebastião. *A revolta dos parceiros* – São Paulo: Brasiliense, 1986.