

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

EVANDRO CHARLES PIZA DUARTE

**DO MEDO DA DIFERENÇA À LIBERDADE COM IGUALDADE:
As Ações Afirmativas para Negros no Ensino Superior e os Procedimentos de
Identificação de seus Beneficiários**

**Brasília, DF
2011**

EVANDRO CHARLES PIZA DUARTE

DO MEDO DA DIFERENÇA À LIBERDADE COM IGUALDADE:

As Ações Afirmativas para Negros no Ensino Superior e os Procedimentos de Identificação de seus Beneficiários

Tese apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (Unb), como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Dr. Menelick de Carvalho Netto

Brasília, DF
2011

EVANDRO CHARLES PIZA DUARTE

**DO MEDO DA DIFERENÇA À LIBERDADE COM IGUALDADE:
As Ações Afirmativas para Negros no Ensino Superior e os Procedimentos de
Identificação de seus Beneficiários**

Aprovado em 25 de janeiro de 2011.

Banca Examinadora

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto (Orientador)

Professor Doutor José Jorge de Carvalho (Membro)

Professor Doutor Argemiro Cardos Moreira Martins (Membro)

Professora Doutora Vera Karam de Chueiri (Membro Externo)

Professor Doutor Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (Membro Externo)

Brasília, DF 2011

DEDICATÓRIA

LXIII

*Si las moscas fabrican mel
ofenderán a las abejas?*

(Se as moscas fabricam mel
ofenderão às abelhas?)

XL

*Cómo se acuerda con los pájaros
la traducción de sus idiomas?*

(Como conciliar com os pássaros
a tradução de seus idiomas?)

Pablo NERUDA, Livro das Perguntas.

À Professora Dora Lúcia de Lima Bertúlio, por
uma vida dedicada à defesa dos Direitos
Humanos.

À Memória do Professor Alessandro Baratta,
porque a Dignidade Humana não conhece
fronteiras.

Aos intelectuais e políticos da comunidade
negra que nos fazem abrir o livro das perguntas
essenciais numa sociedade marcada por
preconceitos irrefletidos.

AGRADECIMENTOS

Aos integrantes do Núcleo de Estudos Afrobrasileiros da UFPR e aos participantes da criação ou implementação do Plano de Inclusão Racial e Social da UFPR, em especial, Reitor Carlos Augusto Moreira Jr., Pedro Bodê, Cristiane Ribeiro Costa, Hilton Costa, Nisan Almeida, Marcos Silveira, Marcos Augusto Maliska, Paulo Vinícius Baptista da Silva, Rita Esmagnoto, Wanirley Pedroso Guelfi, Neusa Moro e Rosana.

Aos alunos que participaram das diversas atividades e cursos sobre relações raciais, em especial, André Gianbernardino, Camila Martins Novato, Carlos de Paula, Crisfanny de Souza Soares, Gabriel Merheb Petrus e todos os integrantes do Programa Afroatitude UFPR.

À Professora Wanirley Pedroso Guelfi pela companhia inseparável nas discussões sobre discriminação e pela amizade.

À Professora Dora Lúcia de Lima Bertúlio com quem aprendi mais do que com meus livros rabiscados, e a toda sua família.

Ao Professor Menelick de Carvalho Netto pela orientação e pelos novos caminhos.

Aos Professores do ensino público, responsáveis por minha formação, em especial Ana Aquini, Eliete Bernardino e Lucimar T. dos Passos.

Aos meus alunos pela paciência e incentivo para com um professor doutorando.

Ao amigo Wallace Verfe pela correção e formatação dos textos.

Ao amigo Rodrigo Lopes de Barros por ser mais professor do que aluno.

Aos intelectuais do movimento negro, em especial, a Antônio Leandro Silva Filho e Jacques Gomes de Jesus.

Ao Professor Luiz Eduardo de Lacerda Abreu e aos professores e funcionários do NPM do Uniceub.

Aos colegas, professores e funcionários das instituições onde lecionei, em especial, Ana Carla Harmatiuk Matos, Ana Luiza Pinheiro Flauzina, Camila Prando, Carolina Sarkis, Eliane Borges da Silva, Eliezer Gomes da Silva, Joelma Rodrigues, José Carlos Velloso, Osias Paese, Pérsio Henrique Barroso, René Marc da Costa Silva, Roberto Armando Ramos de Aguiar, Sandro Kozikoski.

Aos colegas da Pós-Graduação da UnB, em especial, Alex Potiguar, Guilherme Scott, Paulo Blair e Tereza.

Aos Professores Alexandre Bernardino Costa, Argemiro Martins, Alejandra Pascoal, Antônio Carlos Wolkmer, Celso Luiz Ludwig, Edmundo Arruda Lima Jr., Ella V. Wolkmer de Castilhos, José Jorge de Carvalho, Nilson Borges Filho, Luis Edson Fachin, Katie Argüelo, Vera Regina Pereira Andrade.

À Dra Deborah Duprat, e aos ex-colegas de gabinete Cristina O. M. Botelho, Joante S. Vasco e Kleison F. C. de Queiroz.

Aos funcionários da Faculdade de Direito da UnB, a quem saúdo na figura sempre solícita de Maria Helena Meneses.

Ao apoio de Edna Rafael, Andréia Félix, Lilian Martins, Neusa Barbosa dos Santos, Monica, Rosane Granzoto e Thaís Rocha Correia.

À Cristina Zackzeski pela amizade na longa caminhada.

Ao amigo Giovani Bonfim pela torcida organizada.

Aos amigos Luciano França e Luiz Carlos Mamede, porque o tempo não para

Ao meu pai Djalma Benjamin Duarte e minha mãe Luci Maria Piza Duarte.

Aos meus familiares do Castelinho: Vicensa, Mirelle, Mateus e Jussara.

Aos meus irmãos Sérgio, Rodrigo, Luciano e, em especial, Mario, sem a ajuda de quem essa tese não seria escrita.

A Deus, poema sem fim.

RESUMO

Esta tese trata das políticas de ação afirmativa para negros no ensino superior. Propõe-se a compreender e criticar três argumentos contrários a sua implementação que seriam constituidores de uma “diferença brasileira”: o medo das divisões “perigosas”, a defesa de uma diferença “nacional” (a sociedade mestiça) e a dificuldade de se identificar quem seriam os negros beneficiados pelos referidos programas. Defende que o Princípio da Igualdade deve ser considerado a partir de sua relação constitutiva com o Princípio da Liberdade na história institucional concreta, em uma relação sempre tensa e materializante, a um só tempo, de oposição e complementaridade, compreendendo o direito à diferença, e capaz de provocar a exposição da complexidade das desigualdades na sociedade contemporânea, bem como de impor novos desafios ao sistema de realização de direitos e aos modelos de políticas públicas. O reconhecimento de “novos” sujeitos sociais é necessário para vencer as perspectivas autoritárias, positivistas e neutralizadoras da apreensão das diversas dimensões da desigualdade de uma sociedade marcada pelo escravismo, pelo genocídio e pelo racismo. A procedimentalização das formas de participação dos destinatários das políticas públicas, tanto no momento de sua definição quanto de sua execução é um traço essencial de uma ordem jurídica constitucional no Estado Democrático de Direito. Políticas públicas específicas, portanto, dependem da participação dos envolvidos, a uma porque elas se referem justamente a grupos para os quais o conhecimento institucionalizado no Estado e nas instituições científicas foram insuficientes para demonstrar durante décadas sua existência, a duas porque elas envolvem uma dimensão subjetiva de auto-afirmação como grupo excluído, portador de um sofrimento ético-político cuja solução somente pode ser encontrada com sua participação. Defende-se a conjugação entre auto-declaração e hetero-declaração. Isso porque a declaração, neste caso específico, é feita individualmente como um ato necessário de garantia da liberdade de auto-reconhecimento, mas essa declaração implica uma inclusão numa política pública cuja criação e finalidade destinam-se a uma comunidade de vítimas que exige reconhecimento. Logo, esta comunidade de vítimas deve ser chamada a verificar se está identificada com aquele ato de declaração. A compreensão da dimensão procedimental e participante impede que os programas de ação afirmativa se convertam em formas de inclusão nominal, nas quais a comunidade de vítimas sequer é prestigiada. A necessidade da participação individual, por sua vez, impede a transformação de ações estatais de inclusão racial em práticas estatais de definição da raça. Enfim, enquanto a auto-declaração aponta para o primado da liberdade individual, a hetero-classificação aponta para a dimensão social da liberdade e para o princípio da igualdade, ambos essenciais na realização dos programas de inclusão.

PALAVRAS CHAVES: cotas raciais, políticas de ação afirmativa, ensino superior, igualdade, liberdade, beneficiários, identidade racial, identificação, racismo, democracia racial, auto-atribuição e hetero-atribuição.

ABSTRACT

This doctoral dissertation deals with the legitimacy of black people's affirmative action policies in higher education. It aims to understand, criticize and overcome three arguments against their implementation, which altogether constitutes a supposed "Brazilian specific social difference": starting by the naturalization of a imaginary general fear of "dangerous" divisions this vision subsequently requires the correlated defense of a "national" identity based on a also naturalized *mestizo society*, and finally, affirms a supposed and consequential physical difficulty to identify the blacks who could be the above-mentioned programs' beneficiaries. From a very distinct point of view, on the other hand, this thesis defends that the constitutional claim of the equal value of all society's member, as a fundamental principle, should be considered from its constitutive and constant inner battle with its opposite, complementary and also constitutional principle, the claim to the freedom of all its members. That is, in Dworkian terms, the claim to equal respect and consideration due to all its members, in its complex, permanent and always unfinished constitutional course revisited in the concrete institutional history, in its permanent tension. Tension that takes place at the constitutional process, at the same time, a formal (capable of transcending contexts and to point to the future) and materializing one (able to point out which social differences are no more capable of presenting themselves as turning naturally inferior the ones whom bear them). The history of the claims raised to fundamental rights might be seen as a denaturalizing process of social differences, based at the battle for recognition of which social differences could no more justify a supposed and naturalized social inferiority, or to say it in the way of a recurrent and always renewed question: who are we, the people? Or to say it in a more specific way: who are we the ones entitled to the universal and fundamental rights? As we may see today, the claim to fundamental rights recognized to each member of modern society to be considered, at the same time, equal before the law and free to choose his or her way of living, opens simultaneously, a constitutive relation of opposition and complementariness between these two claims, that lead us to a deeper understanding of the complex role historically played by the claims raised to these constitutional basic principles. In such a way that the constitutional approach should also be able to promote the exposition of the till then invisible complexness of inequalities in the contemporary society, as well as to show these claims as a kind of new challenges that are always imposing themselves to the system of the ever renewed completion and meaning of the fundamental rights and its necessary relation with the forms of public policies in the sense of recovering social integrity. The acknowledgment of "new" social subjects is necessary to win over authoritarian and positivistic perspectives, which neutralize the apprehension of many dimensions of inequality in a society that has been and is marked by slavery, genocide and racism. The beneficiaries' procedural participation forms in public policies in the moment of its definition and of its implementation is now an essential mark of a constitutional order in the Democratic Rule of Law. Therefore, the quality of specific, public policies depend on the participation of the people affected by them, for they precisely deal with groups to which the right of equality recognition knowledge (institutionalized in the state and scientific institutions) was for decades insufficient to demonstrate. Moreover, they handle a subjective dimension of self-affirmation as a historically excluded group that has an ethical, political suffering, whose solution can only be found through its own affirmative

participation. The idea of a conjunction between self-declaration and hetero-declaration is defended here, for the declaration itself, in this specific case, is made individually as a necessary act of assurance of liberty of self-acknowledgment. However, this declaration implies an inclusion in a public policy whose creation and purpose are designed with and to a subjects' community who requires acknowledgement. Thus, this community of subjects should be asked to verify whether or not it is identified with that act of declaration. The very comprehension of the procedural and participating dimension is what may prevent that affirmative action programs convert themselves in forms of nominal inclusion, in which the community of subjects is not even procedurally rendered important. The necessity of individual participation, on the other hand, contributes to block the transformation of state actions of racial inclusion in state practices of definition of race. Finally, while the self-declaration points to the primacy of individual liberty, the hetero-declaration points to the social dimension of liberty and to the equality principles, being that both of them are essential to the completion of programs of inclusion.

Keywords: racial quotas, affirmative action policies, higher education, equality, liberty, beneficiaries, racial identity, identification, racism, racial democracy, self-attribution and hetero-attribution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
1.1 A Proposta.....	15
1.2 Diferentes Leituras do Futuro Constitucional: Os Manifestos a Favor e Contra às Cotas Raciais e o Estatuto da Igualdade Racial, e a “Diferença Brasileira”.....	19
1.3 A Identidade Racial como Problema.....	40
1.4 O Caminho a Ser Percorrido	46
CAPÍTULO I: PLURALISMO E POLÍTICAS DE RECONHECIMENTO - PERSPECTIVAS SOBRE O RECONHECIMENTO DE NOVOS SUJEITOS CONSTITUCIONAIS	51
1 Introdução	53
2 Reconstrução Histórica da Constituição da Diferença?	56
3 O Pluralismo Constitucional e o Lugar das Diferenças.	70
4 Pluralismo e Integração das “Minorias” no Estado-Nacional.....	93
5 Pluralismo na Democracia e no Constitucionalismo: A solução no Estado Democrático de Direito e no Totalitarismo para as Diferenças	112
6 Pluralismo e Políticas de Reconhecimento na Alternativa Procedimental: Os Novos Sujeitos Constitucionais.....	127
7 Pluralismo e Modelos de Integração Comunitária sob a perspectiva do Direito como Integridade: Os Novos Direitos e a Fraternidade	143
8 Pluralismo e Modelos Institucionais.....	155
9 Conclusão	165
CAPÍTULO II: ELEMENTOS DO PLURALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – PERSPECTIVAS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO RECONHECIMENTO DOS NEGROS COMO SUJEITOS DE DIREITOS E DESTINATÁRIOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS	168
1 Introdução	168
2 1988, O (Re) Encontro da Constituição e seu Povo?	169
3 Ontem e Hoje: a Persistência do Tema da Igualdade.....	173
4 Sensibilidade Moral para as Desigualdades: Qual Igualdade?.....	178
5 Da Indiferença Moral ao Princípio da Fraternidade	188
6 Redimensionando o Ponto de Partida para Justificar Políticas de Ação Afirmativa para a População Negra: A distinção entre Desigualdade Naturais e Sociais	201
7 Políticas Públicas Fundadas na Raça e Políticas Públicas de Combate ao Racismo: O Racismo como Sistema de Valores que Afeta a Comunidade	205
8 O Estabelecimento de “Cotas Raciais” nas Universidades Públicas e sua Adequação ao Princípio da Igualdade.....	220
9 O Pluralismo e a Memória Constitucional do Ponto de Vista Normativo.....	227
10 Os Tratados de Direitos Humanos: Autorização Normativa para Implementação de Medidas Promocionais e o Direito à Igualdade Racial como Direito Coletivo....	242
11 O Julgamento do HC 82.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal e as Populações Negras: Da Definição da Raça à Apreensão do Racismo contra os Negros; A Dimensão Local/Universal da História na Definição Normativa	249
11.1 “A POSIÇÃO” MINORITÁRIA.....	253
11.1.1 <i>Ministro Moreira Alves: Uma Interpretação Histórica da Intenção do Constituinte à Época da Elaboração da Constituição de 1988</i>	253
11.1.2 <i>Ministro Carlos Ayres Britto: Uma Interpretação a partir da Linguagem Comum e da História Brasileira</i>	257
11.1.3 <i>Ministro Marco Aurélio: Uma Interpretação a partir da História Brasileira</i>	266
11.2 “A POSIÇÃO” MAJORITÁRIA: UMA INTERPRETAÇÃO DINÂMICA DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AO MARCO INTERNACIONAL DE TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS E A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE RAÇA A PARTIR DO RACISMO	272
11.3 A DECISÃO DO STF E A DESIGUALDADE SOCIAL DOS NEGROS	290

12 Conclusão	297
CAPÍTULO III: O PLURALISMO E O USO DAS NARRATIVAS SOBRE A HISTÓRIA CONSTITUCIONAL: O MEDO DA LIBERDADE DOS POVOS DA DIÁSPORA NEGRA E DAS POPULAÇÕES ORIGINÁRIAS DAS AMÉRICAS COMO PROBLEMA DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL.....	301
1 Introdução	301
2. Negação da Liberdade e Naturalização das Desigualdades	304
3 Uma História da Nação?	324
3.1 A HISTÓRIA COMO PROBLEMA.....	324
3.2 O PROBLEMA DA HISTÓRIA COMO HISTÓRIA DA NAÇÃO.....	334
3.3 DA HISTÓRIA DA NAÇÃO À HISTÓRIA DA CIDADANIA: POR UMA HISTÓRIA DIGNA DE SER CONTADA.....	351
3.4 QUAL HISTORIOGRAFIA SE AJUSTARIA AO IDEAL DE INTEGRIDADE NO DIREITO?.....	370
4 Uma História da Liberdade?.....	373
4.1 A ERA DAS REVOLUÇÕES E O LEVIATÃ MARINHO: AS TRANSFORMAÇÕES DAS FORMAS DE ESTADO NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES COLONIAIS E O MEDO.....	376
4.2 HORIZONTES DA LIBERDADE E DO MEDO: AS REVOLUÇÕES EUROPEIAS E A ORDEM.....	395
4.2.1 <i>A Revolução: o processo histórico e o conceito</i>	395
4.2.2 <i>As Revoluções e a Soberania Popular na Teoria Constitucional</i>	403
4.2.3 <i>A Restauração: A Ordem e o Medo</i>	409
4.2.4 <i>Os Horizontes do Medo: A Soberania Popular e o Estado</i>	416
4.3 AS REPÚBLICAS DE NEGROS E SELVAGENS: SAINT DOMINGUES E O TERROR REVOLUCIONÁRIO	425
4.3.1 <i>A Insurgência Escrava na Era das Revoluções</i>	427
4.3.2 <i>Imagens da Revolução do Haiti em Movimento</i>	449
5. Conclusão: Existe Lugar para os Povos da Diáspora Negra no Constitucionalismo?.....	468
CAPÍTULO IV: A NEGAÇÃO DA IGUALDADE E DA LIBERDADE: O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL E O ESTADO AUTORITÁRIO. O DEBATE SOBRE A MESTIÇAGEM COMO MODO DE ESSENCIALIZAR A NAÇÃO E NATURALIZAR A NÃO CIDADANIA PARA OS NEGROS	476
1 Introdução	477
2 Brasil, Mito Fundador e Autoritarismo: uma crítica à história brasileira do surgimento da Nação.....	486
3 O Estado Nacional sob o Império: Onde a História para a Nação e o Medo da Liberdade Negra se Encontram	504
4 Espaços Conceituais para Compreensão da Herança do Racismo Científico quanto aos Negros e a Mestiçagem	519
4.1 SOBRE AS ORIGENS DO RACISMO MODERNO: O CONFINAMENTO DO NEGRO À BIOLOGIA	524
4.2 TRÊS MOMENTOS NA CONSTRUÇÃO DOS DISCURSOS SOBRE A INFERIORIZAÇÃO DA DIFERENÇA.....	541
4.2.1 <i>A Revolução Mercantil e o Colonialismo</i>	545
4.2.2 <i>A Revolução Industrial e o Neocolonialismo</i>	553
5 O Processo de Incorporação Histórica e o Retrato das Diferenças: Arthur Gobineau, as Repúblicas Americanas sob o signo da Mestiçagem	564
5.1 AS RAÇAS HUMANAS E AS DESIGUALDADES DAS CIVILIZAÇÕES	566
5.2. AS REPÚBLICAS TROPICAIS: A DINÂMICA DA MESTIÇAGEM E DA DIFERENÇA.....	572
6 Nina Rodrigues. O Indivíduo Mestiço e a Inadequação do Pensamento Liberal..	583

6.1 O EMBRANQUECIMENTO DO PAÍS NA VISÃO DE NINA RODRIGUES E SEUS CONTEMPORÂNEOS.....	584
6.2 NINA RODRIGUES EM DEFESA DA TRADIÇÃO: A SOLUÇÃO BRASILEIRA PARA A DEMANDA POR IGUALDADE FORMAL: MESTIÇOS SIM, INDIVÍDUOS NÃO, PROVAVELMENTE, CRIMINOSOS	596
6.3 O MESTIÇO COMO CATEGORIA POLÍTICA PARA A CIDADANIA RESTRITA ..	601
7 Oliveira Vianna. O Autoritarismo e Seus Fundamentos Raciais	608
7.1 INFLUÊNCIAS TEÓRICAS E A INTERPRETAÇÃO DO AUTORITARISMO	609
7.2 O IDEALISMO DA CONSTITUIÇÃO E O POVO COMO PROBLEMA RACIAL. ...	616
7.3 FUNDAMENTOS RACIAIS DO AUTORITARISMO: O PAPEL CONFERIDO À MESTIÇAGEM.....	631
7.4 FUNDAMENTOS RACIAIS DO AUTORITARISMO: OS DILEMAS DA BRANQUIDADE NA CONSTRUÇÃO DA NACIONALIDADE E O CONCEITO DE TIPO RACIAL	640
7.5 A CRÍTICA A DOIS DESLOCAMENTOS DO AUTORITARISMO: DO ESPAÇO DA SOBERANIA PARA O CAMPO DA CIÊNCIA E DO UNIVERSAL PARA O NACIONAL.....	658
8 Gilberto Freyre: A Dialética do Senhor e do Escravo: Racismo e Miscigenação. 675	
8.1 A DOÇURA DA CANA, O SADISMO DO BRANCO E O MASOQUISMO DO NEGRO. UMA NOVA DIALÉTICA DO SENHOR E DO ESCRAVO?	678
8.2 APESAR DE, AINDA ASSIM, A DEMOCRACIA RACIAL?.....	698
9 Conclusão. Essencializar a Nação ou Essencializar a Raça? Considerar o Racismo em suas Dimensões Políticas e Sociais.....	704
CAPÍTULO V: IGUALDADE COM LIBERDADE - O DIREITO À DIFERENÇA COMO DIREITO À IGUALDADE: UM DEBATE SOBRE CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS UTILIZADOS NA IDENTIFICAÇÃO DOS DESTINATÁRIOS DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA. “QUE NEGROS SÃO ESSES DAS COTAS RACIAIS?”	720
1 Introdução	722
2 Estado, Raça, Política Identitária e Reivindicação de Direitos	727
2.1 PERSPECTIVAS QUANTO À IDENTIDADE RACIAL.....	729
2.2 CRÍTICAS ÀS PERSPECTIVAS QUANTO À IDENTIDADE RACIAL.....	734
2.3 O RECONHECIMENTO DA DISCRIMINAÇÃO NUM MODELO COMPLEXO DE DIREITOS SOCIAIS	757
2.4 O PARADOXO IDENTITÁRIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS E A RAÇA COMO RETÓRICA POLÍTICA	763
2.4.1 <i>Qual identidade está em crise?</i>	764
2.4.2 <i>A Retórica Política da Raça e Uso Científico das Categorias Raciais: Tensões entre Racionalidade Técnica versus Racionalidade Discursiva</i>	<i>773</i>
3 A Indeterminação dos Conceitos utilizados nas Políticas de Acesso ao Ensino Superior e a Proposta de Levar a Raça a Sério	787
3.1 CRITÉRIOS DE ACESSO ÀS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: A TENSÃO ENTRE IGUALDADE FORMAL E MATERIAL	789
3.2 A ILUSÃO DA IDENTIFICAÇÃO ENTRE VESTIBULARES, MÉRITO E IGUALDADE FORMAL.....	798
3.3 CRITÉRIOS DE EXCLUSÃO SOCIAL: A BUSCA DA IGUALDADE MATERIAL... 808	
3.4 AS “COTAS RACIAIS”: O PERTENCIMENTO RACIAL COMO PADRÃO DE EXCLUSÃO SOCIAL	812
4 Direito à Liberdade nas Políticas de Reconhecimento e Adequação ao Princípio da Igualdade: Fundamentos Jurídicos da Identificação dos Beneficiários	820
4.1 A “IDENTIDADE NEGRA”: UM DEBATE EM CONSTRUÇÃO	823
4.2 OS MOVIMENTOS SOCIAIS E A IDENTIDADE NEGRA: AUTO E HETEROCLASSIFICAÇÃO	828
4.3 CATEGORIAS NORMATIVAS: NEGROS OU AFRODESCENTES?	851

5 Identificação dos Beneficiários dos Programas de Inclusão: Declarações de Pertencimento Racial e Comissões de Matrícula, a Construção de Modelos Democráticos de Políticas Públicas	873
5.1 AS COMISSÕES DE MATRÍCULA NO PROGRAMAS DE "COTAS RACIAIS": A POLÊMICA QUANTO AOS PADRÕES DE DESRESPEITO AOS CANDIDATOS.....	875
5.2 AS TENSÕES RACIAIS E IDENTITÁRIAS EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DAS COMISSÕES DE MATRÍCULA.....	882
5.3 A IDENTIFICAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS DAS "COTAS RACIAIS" COMO PROCESSO: A COMPLEMENTARIEDADE ENTRE AUTO E HETEROCLASSIFICAÇÃO RACIAL.....	891
5.4 CONTROLE JUDICIAL DOS PROGRAMAS DE AÇÃO AFIRMATIVA PARA NEGROS: A QUESTÃO DOS PRESSUPOSTOS DOS MODELOS NEOLIBERAIS E DEMOCRÁTICOS DE AÇÃO AFIRMATIVA.	896
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	906
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	917

1 INTRODUÇÃO

“O que nos encoraja é que não há vida pura e absolutamente inexpressa no homem, é que o irrefletido só começa a existir para nós através da reflexão.” (PONTY, Maurice Merleau. 1908-1961 O Primado da Percepção e suas Conseqüências Filosóficas. São Paulo: Papirus, 1990, p. 72).

“Os defensores da educação superior para o Negro seriam os últimos a negar o caráter incompleto e os defeitos óbvios do sistema atual: instituições em demasia tentaram realizar o trabalho acadêmico, o trabalho em alguns casos não foi compreendido até o fim e, às vezes, tem-se buscado a quantidade em detrimento da qualidade. Mas as mesmas coisas podem ser ditas da educação superior em todo o país; é a decorrência quase inevitável do crescimento educacional, e deixa intocada a questão mais profunda da exigência legítima da educação superior para os Negros.” (DU BOIS, W.E.B. As Almas da Gente Negra. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999, p. 153 e 154).

1.1 A Proposta

Políticas de ação afirmativa não são novidades na ordem constitucional brasileira. Grupos como mulheres e portadores de deficiência física, por exemplo, foram incluídos na agenda das ações estatais nas últimas décadas. À primeira vista, os pressupostos favoráveis a tais políticas poderiam ser facilmente estendidos aos negros. Por isso, na defesa das políticas de ação afirmativa, contam-se diversos trabalhos acadêmicos, cujo eixo temático central é o Princípio da Igualdade.¹

¹ Citam-se algumas, apenas como exemplo: AZEVEDO, Damião Alves de. A Justiça e as cores. A possibilidade de Adequação Constitucional das Políticas Públicas Afirmativas voltadas para negros e indígenas no ensino superior. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2007; FIGUEIREDO, Isabel Seixas de. Ações Afirmativas e Transformação Social. Uma abordagem constitucional. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2003; SILVA, Kelsen Eustáquio da Silva. Racismo e igualdade: O processo de regulamentação das políticas sociais de combate ao racismo e de valorização das populações Afro-Brasileiras, presente na Constituição Federal de 1988. Monografia (Bacharelado em Direito), Centro Universitário

Malgrado essa produção teórica, e contra toda evidência, isso não se passa de forma tão simples. Além das dificuldades de reconhecimento enfrentadas por grupos excluídos, no debate proposto pelos opositores às políticas de ação afirmativa para negros, intenta-se demarcar distinções “locais”, capazes de impedir ou dificultar a criação e implementação dessas políticas. A estratégia discursiva consiste em, ao se demarcar uma diferença “nacional”, afastar a aplicação tanto da doutrina brasileira quanto a estrangeira. O raciocínio não é novo – a abolição foi retardada no Brasil sob o fundamento de que a escravidão aqui era diferente. Entretanto, é sedutor.

Três “diferenças brasileiras” são demarcadas como o momento de ruptura, a servir como barreira na ponte entre o constitucionalismo brasileiro e as tradições constitucionais de outros países e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: a impossibilidade de se saber quem é negro num país de “mestiços”, a existência de uma Nação integrada racialmente, o medo de que as cotas raciais tragam uma divisão ao país.

O objeto desta tese é a compreensão da articulação dessas três “diferenças”. Propõe compreendê-las não apenas como limite à cidadania para os negros, mas como limites históricos da cidadania no Brasil.

A distinção entre modelos procedimentais e substancialistas de integração comunitária permite demonstrar o equívoco existente em se aceitar que um ethos pré-político ou um conceito substancial de povo sirvam como limite às denúncias de violação aos direitos de igualdade e liberdade. Ao invés do retrato do “povo

do Triângulo, Uberlândia, 2001; SILVA FILHO, Antônio Leandro. *Hermenêutica Constitucional, o metaprincípio da igualdade e as ações afirmativas para afrodescendentes: perspectivas em Ronald Dworkin*. Monografia (Bacharelado em Direito), Complexo de Ensino Superior do Brasil, Curitiba, 2004; ALVES, Ricardo Barbosa. *Racismo e Ações Afirmativas*. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005; MOEHLECKE, Sabrina. *Fronteiras da igualdade no Ensino Superior: Excelência & Justiça Racial*. Tese (Doutorado em Educação), Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004; MOEHLECKE, Sabrina. *Propostas de ações Afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*. Dissertação (Mestrado em Educação), Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000; LIMA, Silmara Aparecida de. *O Estigma Racial*. Monografia (Bacharel em Direito), Escola de Direito e Relações Internacionais, Complexo de Ensino Superior do Brasil – UniBrasil, Curitiba, 2006; ABREU, Luiz Alberto Lemme de. *A (in)eficácia da Lei nº 7.716/89 no combate aos crimes de racismo*. Monografia (Bacharel em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996; DIAS, Brenda Rosa Barreto Fonseca. *Juventude negra exposta: A influência do racismo no processo de criminalização juvenil brasileiro*. Monografia (Graduação em Direito), Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2008; VERFE, Wallace Wolski. *O princípio constitucional da igualdade à luz das políticas de ação afirmativa para negros no Ensino Superior Público*. Monografia (Graduação em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009; NOVATO, Camila Martins. *Ações Afirmativas para negros nas universidades: Resgate histórico e instrumento de concretização da igualdade*. Monografia (Graduação em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

brasileiro” como limite à cidadania, é necessário retomar a abertura constitucional aos novos sujeitos que emergem nas lutas sociais de nossa história constitucional como uma história digna de ser contada, percebendo-se o modo como há uma diferença negada na afirmação de que no Brasil as relações raciais são diferentes e de que a inclusão dos negros provocaria a ruptura, e conseqüentemente, o medo dessa ruptura.

Nesse sentido, o espaço de compreensão do problema sobre a identificação dos negros nos programas de ação afirmativa é de que a “igualdade racial” não apenas foi construída com as lutas sociais dos negros pela liberdade e igualdade, como essa luta produziu imagens paradoxais, entre as quais a do medo da perda dos privilégios das hierarquias sócio-raciais naturalizadas. A Revolução do Haiti e as rebeliões negras estão na origem tanto do discurso racial a respeito do povo soberano, quanto na construção do mito de uma integração racial e nas formas autoritárias de mando que negam a cidadania aos negros.

É a partir desse nó que a tensão entre duas grandes dicotomias devem ser relidas.

Quanto à primeira, ao invés da oposição entre universal e local, busca-se a compreensão de como uma história negada das lutas sociais é, de fato, a inscrição no local dos princípios da liberdade e da igualdade. O único caráter estrangeiro das cotas raciais está no fato de que elas se opõem a uma tradição que pretende ocupar, por esquecimento e por violação do igual respeito e consideração em relação aos negros, o espaço de uma representação nacional. Em outras palavras, nada há de estrangeiro na universalidade das lutas sociais dos negros do passado e do presente, é essa tradição que é estrangeira para com seu povo, apesar de sempre invocá-lo como argumento retórico ou como objeto de análise “científica”

Quanto à segunda, ao invés da afirmação de que as “cotas raciais”² realizam apenas o princípio da igualdade, insiste-se na importância da dimensão da liberdade. Isso porque o princípio da igualdade - a partir da relação constitutiva que este guarda com o princípio da liberdade na história institucional concreta, uma relação sempre tensa e materializante, a um só tempo, de oposição e complementaridade - é entendido como direito à diferença capaz de provocar a

² Como se argumenta no quinto capítulo, o termo “cotas raciais” é equivocado para definir as atuais políticas de acesso ao ensino superior, porém, dado ao seu uso corrente, manteve-se sempre a grafia entre aspas.

exposição da complexidade das desigualdades na sociedade contemporânea, bem como de impor novos desafios ao sistema de realização de direitos e aos modelos de políticas públicas.

Desse modo, as dificuldades encontradas na apreensão de quem são os destinatários das “cotas raciais” para negros são, sobretudo, projeções de uma negação (das lutas sociais por igualdade e liberdade) e incompreensão de um modelo constitucional que deve realizar como premissa fundamental o direito ao igual respeito e consideração.

Como, neste contexto revisitado, a pergunta sobre quem são os beneficiários das políticas de cotas raciais no Ensino Superior pode ser respondida?

A apreensão dos destinatários para as cotas raciais deve levar em conta o direito à liberdade que se encontra, tanto na luta social coletiva pela construção de uma política pública, quanto no ato de manifestação individual de um sujeito que, ao se sentir negado por práticas discriminatórias, busca inserir-se neste processo. Negros são aqueles que se auto-declaram negros, são reconhecidos como negros por uma comunidade de vítimas que buscou instituir uma política de reconhecimento e que, por ter por fundamento a realização da igualdade em seu sentido material, são reconhecidos como vítimas potenciais da discriminação racial. A solução, portanto, encontra-se, ao invés de uma oposição entre auto e hetero-declaração, na construção de modelos institucionais concretos que procedimentalizem a participação dos indivíduos que se pretendem ver beneficiados pela política pública, dos sujeitos políticos que reivindicam essa política e da comunidade institucional na qual essa política é realizada.

Portanto, a proposta aqui defendida considera possível se referir à raça em políticas públicas específicas sem essencializar seu conteúdo, e, ao mesmo tempo, dar uma resposta digna a respeito daquilo que se pretende referir na defesa da nacionalidade, em especial, o ideal de uma sociedade pluralista e solidária. Todavia, para que isso seja possível é preciso retomar não apenas o Princípio da Igualdade no debate que se trava, mas sua relação constitutiva com o Princípio da Liberdade, em formas procedimentalizadas e concretas de realização e não apenas abstrações.

1.2 Diferentes Leituras do Futuro Constitucional: Os Manifestos a Favor e Contra às Cotas Raciais e o Estatuto da Igualdade Racial, e a “Diferença Brasileira”

A compreensão dessa proposta depende da demarcação das distinções entre os partidários e os contrários as “cotas raciais” em relação ao ideal Republicano, ao reconhecimento do racismo, ao papel do Estado diante das desigualdades raciais, a percepção das relações raciais e ao imaginário do medo. Convém compreender essas diferenças, a partir das vozes de seus interlocutores.

Como é sabido, o debate foi polarizado, contra e a favor das “cotas raciais”, com a entrega de dois manifestos aos representantes do Congresso Nacional.³ Por

³ O Manifesto Contra as Cotas e o Estatuto da Igualdade Racial (MC) foi apresentado com o seguinte teor:

1) Todos têm direitos iguais na República Democrática. O princípio da igualdade política e jurídica dos cidadãos é um fundamento essencial da República e um dos alicerces sobre o qual repousa a Constituição brasileira. Este princípio encontra-se ameaçado de extinção por diversos dispositivos dos projetos de lei de Cotas (PL 73/1999) e do Estatuto da Igualdade Racial (PL 3.198/2000) que logo serão submetidos a uma decisão final no Congresso Nacional.

2) O PL de Cotas torna compulsória a reserva de vagas para negros e indígenas nas instituições federais de ensino superior. O chamado Estatuto da Igualdade Racial implanta uma classificação racial oficial dos cidadãos brasileiros, estabelece cotas raciais no serviço público e cria privilégios nas relações comerciais com o poder público para empresas privadas que utilizem cotas raciais na contratação de funcionários. Se forem aprovados, a nação brasileira passará a definir os direitos das pessoas com base na tonalidade da sua pele, pela ‘raça’. A história já condenou dolorosamente estas tentativas.

3) Os defensores desses projetos argumentam que as cotas raciais constituem política compensatória voltada para amenizar as desigualdades sociais. O argumento é conhecido: temos um passado de escravidão que levou a população de origem africana a níveis de renda e condições de vida precárias. O preconceito e a discriminação contribuem para que esta situação pouco se altere. Em decorrência disso, haveria a necessidade de políticas sociais que compensassem os que foram prejudicados no passado, ou que herdaram situações desvantajosas. Essas políticas, ainda que reconhecidamente imperfeitas, se justificariam porque viriam a corrigir um mal maior.

4) Esta análise não é realista nem sustentável e tememos as possíveis conseqüências das cotas raciais. Transformam classificações estatísticas gerais (como as do IBGE) em identidades e direitos individuais contra o preceito da igualdade de todos perante a lei. A adoção de identidades raciais não deve ser imposta e regulada pelo Estado. Políticas dirigidas a grupos “raciais” estanques em nome da justiça social não eliminam o racismo e podem até mesmo produzir o efeito contrário, dando respaldo legal ao conceito de raça, e possibilitando o acirramento do conflito e da intolerância.

5) A verdade amplamente reconhecida é que o principal caminho para o combate à exclusão social é a construção de serviços públicos universais de qualidade nos setores de educação, saúde e previdência, em especial a criação de empregos. Essas metas só poderão ser alcançadas pelo esforço comum de cidadãos de todos os tons de pele contra privilégios odiosos que limitam o alcance do princípio republicano da igualdade política e jurídica.

7) Qual Brasil queremos? Almejamos um Brasil no qual ninguém seja discriminado, de forma positiva ou negativa, pela sua cor, seu sexo, sua vida íntima e sua religião; onde todos tenham acesso a todos os serviços públicos; que se valorize a diversidade como um processo vivaz e integrante do caminho de toda a humanidade para um futuro onde a palavra felicidade não seja um sonho. Enfim, que todos sejam valorizados pelo que são e pelo que conseguem fazer. Nosso sonho é o de Martin Luther King, que lutou para viver numa nação onde as pessoas não seriam avaliadas pela cor de sua pele, mas pela força de seu caráter.

serem documentos concisos, permitem uma síntese dos pontos de partida da discussão sobre as diferentes interpretações de nosso futuro constitucional, pois apelam para tradições constitucionais, concepções quanto à igualdade, a diferença e a identidade nacional. Porém, eles apenas ilustram os argumentos presentes em lutas sociais mais amplas, arranjos locais de poder e processos difusos de conquista de direitos. Isso porque a representação social dos dois manifestos é restrita. No caso do manifesto contra as cotas raciais ela está limitada, na sua quase totalidade, a intelectuais vinculados às universidades. Nele não são encontrados representantes de associações profissionais, de setores da economia ou dos poderes públicos constituídos. Tal particularidade sustenta a objeção de que a compreensão social do problema está bem distante daquelas esboçadas nos manifestos, tema abordado no tópico seguinte. Entretanto, é inegável que ambos se valem do recurso de reivindicar o lugar de representação do nacional. Some-se o fato de que a divisão inicial foi referendada, e ampliada em suas bases sociais⁴, na Audiência Pública sobre a Constitucionalidade de Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior, realizada pelo Supremo Tribunal Federal a propósito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e do Recurso Extraordinário 597.285/RS.⁵

Embora a data e o local sejam elementos meramente formais, não podem passar despercebidos. O Manifesto Contra as Cotas Raciais e o Estatuto da

8) Nos dirigimos ao congresso nacional, seus deputados e senadores, pedindo-lhes que recusem o PL 73/1999 (PL das Cotas) e o PL 3.198/2000 (PL do Estatuto da Igualdade Racial) em nome da República Democrática.

⁴ Ainda que a informação possa ser retrata como parcial, devido à posição adotada neste texto, aparentemente as bases sociais do Manifesto em Favor da Lei de Cotas e do Estatuto da Igualdade Racial é mais ampla, embora isso não indique o mesmo apoio nas esferas de poder. Esta posição inclusive é reivindicada nos seguintes termos: "Foi a constatação da extrema exclusão dos jovens negros e indígenas das universidades que impulsionou a atual luta nacional pelas cotas, cujo marco foi a Marcha Zumbi dos Palmares pela Vida, em 20 de novembro de 1995, encampada por uma ampla frente de solidariedade entre acadêmicos negros e brancos, coletivos de estudantes negros, cursinhos pré-vestibulares para afrodescendentes e pobres e movimentos negros da sociedade civil, estudantes e líderes indígenas, além de outros setores solidários, como jornalistas, líderes religiosos e figuras políticas – boa parte dos quais subscreve o presente documento." E ainda: "A justiça e o imperativo moral dessa causa encontraram ressonância nos últimos governos, o que resultou em políticas públicas concretas, dentre elas: a criação do Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra, de 1995; as primeiras ações afirmativas no âmbito dos Ministérios, em 2001; a criação da Secretaria Especial para Promoção de Políticas da Igualdade Racial (SEPPIR), em 2003; e, finalmente, a proposta dos atuais Projetos de Lei que estabelecem cotas para estudantes negros oriundos da escola pública em todas as universidades federais brasileiras, e o Estatuto da Igualdade Racial."

⁵ As notas taquigráficas estão disponíveis no seguinte site: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>.

Igualdade Racial foi elaborado no Rio de Janeiro, ao contrário do que ocorre com o manifesto a favor do Estatuto da Igualdade Racial, elaborado em Brasília. Foi no Rio de Janeiro que as escolas privadas propuseram a primeira ação direta de inconstitucionalidade contra as cotas, também é nesta cidade onde se localizam as principais mídias brasileiras que tem demonstrado uma oposição sistemática a tais medidas e onde foi implantada a primeira lei estadual de cotas nas universidades públicas. Já em Brasília, a UnB foi a primeira universidade federal a instituir o sistema de cotas, o que desencadeou o debate em outras tantas universidades federais. A data, por sua vez, do primeiro manifesto é maio, mês identificado na ideologia nacional com as comemorações da Abolição da Escravatura, ato que é, no senso comum, também associado ao fim dos problemas raciais no país, com a participação da Princesa Isabel, a Redentora. Ao contrário de novembro, mês do segundo manifesto, que é identificado pelos militantes dos movimentos sociais negros como o mês em que se comemora a trajetória de lutas pela conquista de direitos, na figura de Zumbi dos Palmares, herói da resistência quilombola.

Por ordem cronológica, considera-se o primeiro dos manifestos, o que se opõe às cotas raciais.

Inicialmente alguns dos integrantes do manifesto contra as cotas restringiam a interpretação da igualdade, à igualdade formal. Esse equívoco político, porque incompatível com uma realidade como a brasileira, tentará ser corrigido por seus interlocutores. Desse modo, o manifesto faz menção a existência da desigualdade social como sinônimo de desigualdade econômica, muito embora não faça referência às suas causas, e aponta para a necessidade de políticas públicas generalistas. De igual modo, se a crítica inicial era a toda forma de acesso à universidade pública, nas ações judiciais foram excluídas as vagas de inclusão indígena, permanecendo o foco sobre as referentes às populações negras. A denúncia da existência de desigualdades raciais e a constituição de mecanismos estatais para sua apreensão e combate são retratados como uma ameaça. A expressão “ameaça de extinção” convalida uma lógica de tudo ou nada em relação à tensão entre igualdade formal e igualdade material, assim como entre políticas generalistas e específicas.

Os signatários do manifesto contra as cotas apresentam uma síntese dos argumentos dos pró-cotas, na qual se afirma que a tese de um fundamento da

suposta desigualdade racial, atribuída à herança escravagista, seria não “realista” e “insustentável”. Portanto, a forma de tratamento da “exclusão social”, cuja causa referida ao passado escravista é sublimada, estaria a depender de “serviços públicos universais de qualidade” e “políticas de emprego”, ou seja, políticas públicas generalistas, e do esforço comum contra os “privilégios odiosos”. Malgrado este manifesto não indique quais sejam tais privilégios (e quais as suas causas e seus beneficiários), a sugestão é de que as cotas raciais seriam uma de suas expressões, incompatíveis com o “princípio republicano da igualdade política e jurídica”. De igual modo, apesar do apelo ao “esforço comum de cidadãos de todos os tons de pele” não há indicação precisa de qual seria a estratégia desse esforço, restando provável que ela represente uma retórica de dizer não ao preconceito racial, desde uma atitude individual ou, como reforçado por alguns de seus interlocutores, sobretudo na audiência pública referida, por meio da repressão penal.

Numa leitura, no mínimo, obtusa de Martin Luther King, impõe-se a sobreposição de duas imagens, a real e a ideal; ou seja, o ato de enunciar o Princípio da Igualdade é discursivamente aproximado da existência dessa mesma realidade social. Logo, permite-se fazer crer que a ameaça à Igualdade Racial não parte da realidade fática, mas da norma que pretende combater a desigualdade. Conforme o parágrafo sete:

“Qual Brasil queremos? Almejamos um Brasil no qual ninguém seja discriminado, de forma positiva ou negativa, pela sua cor, seu sexo, sua vida íntima e sua religião; onde todos tenham acesso a todos os serviços públicos; que se valorize a diversidade como um processo vivaz e integrante do caminho de toda a humanidade para um futuro onde a palavra felicidade não seja um sonho. Enfim, que todos sejam valorizados pelo que são e pelo que conseguem fazer. Nosso sonho é o de Martin Luther King, que lutou para viver numa nação onde as pessoas não seriam avaliadas pela cor de sua pele, mas pela força de seu caráter.”

Além dessa percepção da Igualdade vinculada a apelos sobre a república democrática e a princípios republicanos, outro argumento se agrega e que pode ser resumido como uma forma de retratar a identidade brasileira quanto à questão racial.

O primeiro elemento desse retrato já foi explicitado, a concessão à desigualdade econômica como resposta ao argumento sobre a existência de

desigualdades raciais. O segundo elemento também já está referido indiretamente, os brasileiros não são indivíduos abstratos, mas “cidadãos de todos os tons de pele”, ou seja, é uma nação que não distribuiu nem distribuiu privilégios odiosos em razão da raça. O não reconhecimento dessa “virtude nacional” levaria a um lugar comum na história, nas palavras dos signatários: “Se forem aprovados, a nação brasileira passará a definir os direitos das pessoas com base na tonalidade da sua pele, pela “raça”. A história já condenou dolorosamente estas tentativas.”(Parágrafo segundo) Essa virtude nacional está sendo atacada pela transformação, ou melhor, “criação” de identidades raciais. De modo explícito no parágrafo quarto afirma-se que:

“Esta análise (quanto à herança escravista) não é realista nem sustentável e temos as possíveis consequências das cotas raciais. Transformam classificações estatísticas gerais (como as do IBGE) em identidades e direitos individuais contra o preceito da igualdade de todos perante a lei. A adoção de identidades raciais não deve ser imposta e regulada pelo Estado. Políticas dirigidas a grupos “raciais” estanques em nome da justiça social não eliminam o racismo e podem até mesmo produzir o efeito contrário, dando respaldo legal ao conceito de raça, e possibilitando o acirramento do conflito e da intolerância.”

O terceiro elemento, também já referido, é que políticas específicas provocam medo. São capazes de produzir o acirramento do conflito e da intolerância. Muito embora se afirme que esse problema não existe. Logo, trata-se de um ato falho de negação e afirmação. A parte final do segundo parágrafo, anuncia a percepção dos signatários do manifesto quanto ao debate sobre o racismo no país, mais evidente no parágrafo sexto onde se afirma peremptoriamente que: “A invenção de raças oficiais tem tudo para semear esse perigoso tipo de racismo, como demonstram exemplos históricos e contemporâneos. E ainda bloquear o caminho para a resolução real dos problemas de desigualdades.” Portanto, a instituição de políticas específicas implantaria uma “classificação racial oficial dos cidadãos brasileiros” e faria com que “a nação brasileira” passasse a “definir os direitos das pessoas com base na tonalidade da sua pele, pela sua raça”. A história teria, entretanto, condenado “dolorosamente estas tentativas”.

No Manifesto Contra as Cotas, o racismo é identificado ao papel legislativo do Estado e, implicitamente, à experiência do Estado Nazista. Porém, tal referência aproxima duas experiências históricas bem distintas: a) a de grupos que são

racializados por categorias sociais dominantes, ocupam posição subalterna e reivindicam direitos, como ocorre com o grupo negro e indígena; b) a de grupos que, por motivações políticas, ideológicas e econômicas, ocupam posição dominante na sociedade, subtraem direitos de grupos minoritários e buscam a adesão das massas pela concessão de falsos privilégios, tal como ocorreu no nazismo. Logo, no discurso que esse manifesto propõe o grupo de vítimas da discriminação racial é convertido em potencial agressor por denunciar a existência de privilégios raciais institucionalizados.

Por sua vez, o recurso à idéia de “nação brasileira” adotada pelo manifesto não é de uma comunidade abstrata, projeta uma conhecida fórmula dos períodos autoritários de elogio à nação verde-amarela, sem conflitos raciais. A idéia de nação é recuperada a um passo anterior das inúmeras críticas que lhe são dirigidas, entre as quais, a de que ela tem sido a negação sistemática de grupos sociais não contemplados ou colocados em posição subalterna no mito da nacionalidade e de que serviu aos regimes autoritários com o fim de impedir o exercício dos procedimentos democráticos. Pressupõe, de forma definitiva, a existência de uma comunidade imaginada, abstraída das contradições históricas, e que não pode ser mais atacada, pois as provas empíricas são retratadas como um odioso artifício.

A afirmação de que o Estado estaria prestes a impor “classificações raciais” pressupõe que não haja classificações raciais dominantes socialmente que orientam as atuais ações do Estado e das diversas relações sociais, inclusive no mercado. Não esclarece, porém, que: a participação em programas específicos não pode e não tem sido compulsória; os brasileiros não estão todos submetidos a um gerenciamento de suas identidades pelo Estado; os direitos alcançados por políticas públicas generalistas não são suprimidos com políticas de combate à desigualdade racial; a instituição de padrões mínimos de participação não se confunde com limites máximos à participação desses grupos na esfera dos direitos, ou seja, servem apenas para eliminar a quase exclusividade do acesso aos direitos por determinados grupos raciais, não para limitá-los.

O manifesto apela ainda ao direito de autonomia dos agentes privados na regulamentação das relações econômicas diante do Estado, provocando a confusão entre a autonomia das relações privadas com autonomia dos agentes privados no mercado. Sugere, ao revés, a identificação entre racismo e atuação do Estado, e

igualdade racial e liberdade de mercado. Em outras palavras, o mercado produziria a igualdade quando não racializado pelo Estado, nele viveria o espaço da igualdade funcional dos indivíduos decorrente das necessidades do capitalismo. O capitalismo conheceria apenas trabalhadores e proprietários, não reconhecendo, espontaneamente, outras desigualdades, além da econômica, entre os indivíduos. Já, no parágrafo terceiro, impõe a interpretação de que as desigualdades raciais são um efeito da inércia do passado escravista. Os prejuízos seriam decorrentes desse passado e não estariam presentes nas atuais políticas generalistas implementadas pelo Estado brasileiro. Logo, não haveria responsabilidade do Estado no racismo reproduzido nas políticas educacionais ou de saúde. Fato que complementa a imagem do mercado como uma esfera neutra em relação a desigualdades raciais. A tese do Manifesto é de que a República permitiu a igualdade formal entre brancos e negros e que a desigualdade material existente é apenas econômica. As manifestações de discriminação e preconceito seriam, neste contexto, apenas manifestações individuais, mas não formas institucionalizadas de reproduzir a desigualdade entre grupos.

Não obstante, o exemplo das mulheres sugere, ao contrário, que não apenas o mercado conhece outras diferenciações, como dele se vale na obtenção de mais lucro, a partir da imposição de salários mais baixos para indivíduos com a mesma qualificação profissional. Fato que se repete e se sobrepõe em relação ao grupo negro. De igual modo, o passado não sobrevive apenas pela força da inércia, mas se recompõe a cada geração. A estratégia de atribuir ao passado a exclusiva responsabilidade pelo presente isenta as atuais gerações de qualquer responsabilidade. De igual modo, impede que se questionem como esse passado não foi esquecido ou suprimido pela força do tempo. A explicação sugerida pelo manifesto pode ser apreendida pela não utilização da expressão desigualdades raciais que é substituída por desigualdades sociais. Ou seja, pressupõe que, após o término do período escravista, os negros se converteram em pobres e sua pobreza permaneceu. Todavia, são desconsiderados a constatação de que pobres brancos e negros não tiveram a mesma trajetória histórica de mobilidade social e o fato de que as políticas estatais ao longo da República não beneficiaram igualmente os dois grupos. Ocultam-se, portanto, as violações dos direitos dos cidadãos negros nas ações do Estado, em sua forma mais conhecida, a violação da igualdade perante o

sistema da justiça criminal, e o papel do mercado na discriminação racial, sobretudo na construção de imagens de propaganda, nas contratações e as ofertas de emprego e remunerações diferenciadas.

No parágrafo quarto a objeção contra as cotas raciais se fundamenta nas “possíveis conseqüências” da adoção das políticas de ação afirmativa ou na possibilidade de que elas possam “produzir o efeito contrário”. A hipótese é de que elas poderiam dar “respaldo legal ao conceito de raça” e possibilitar o “acirramento dos conflitos raciais”.

Entretanto, deve-se questionar o que é um efeito não pretendido ou imprevisto? No plano da ação política, o argumento de que o melhor a fazer é não fazer nada é um dos argumentos recorrentes da política neoliberal. Se o argumento considerasse a comparação com situações semelhantes, as regras de experiência poderiam ser aplicadas caso houvesse uma semelhança razoável com o momento atual. De fato, nada aproxima a atual demanda por ações afirmativas para o grupo negro ao nazismo e ao Sistema Jim Crow americano que concederam privilégios a grupos raciais dominantes. Ao contrário, o contexto atual poderia ser comparado com as políticas públicas destinadas às mulheres na República Federal Alemã, às políticas de ação afirmativa criadas na década de 1960 nos EUA e, até mesmo, as reparações concedidas aos judeus após a Segunda Guerra Mundial.

Nessa linha de raciocínio, restaria indagar, de modo semelhante, se o atual sentimento anti-judaico na Europa e as manifestações neonazistas seriam decorrentes do fato de que os judeus foram vítimas dos nazistas e tiveram tal condição reconhecida? A tese de que fazer algo em prol daqueles que sofrem os efeitos do racismo produz mais racismo faz recair sobre as vítimas a responsabilidade pela sua condição. Se a comparação for estabelecida com os EUA é visível que o argumento pressupõe que as relações raciais americanas somente são marcadas pelo racismo porque e quando o Estado americano decidiu se opor ao racismo contra os negros.

O uso das expressões “conflito” e “intolerância” demonstram que a abrangência que se dá ao fenômeno do racismo no país inclui apenas os atos individuais de repulsa ou as manifestações expressas de ódio. Ademais, reforçam a tese de que em nosso país os “conflitos” são mais amenos ou, até mesmo, inexistentes. A ausência da ação do Estado na promoção da igualdade entre negros

e brancos seria uma “virtude nacional”, tendo sido capaz de construir relações raciais menos problemáticas. A proposição vincula-se, de um lado, aos pressupostos da ideologia da “democracia racial” e, de outro, a idéia de que o atendimento das demandas dos negros por direitos é potencialmente desencadeadora de conflitos ainda mais intensos. As demandas dos negros provocam “temor”. O papel do Estado não seria a de atendê-las, mas de negar tais reivindicações com base no valor da existência de uma igualdade formal. Nesse sentido, é importante ressaltar o apelo implícito às ideologias autoritárias de negação dos direitos reivindicados por movimentos sociais, pois potencialmente produtores da “desordem”.

A proposição de que as políticas de ação afirmativa transformariam “classificações gerais” em “direitos individuais” e poderiam dar respaldo legal ao conceito de raça parte de duas premissas: a) que no Brasil não há classificações raciais que permitam a operacionalização do racismo e que sejam capazes de impor limitações aos direitos dos cidadãos negros; b) que são as classificações legais que criam o racismo e as classificações utilizadas na sociedade para sua manifestação; As duas premissas, todavia, não são sustentáveis do ponto de vista histórico quando se compara o caráter residual das classificações legais na construção do racismo e nas práticas cotidianas de discriminação e manifestação do preconceito.

Ademais, a afirmação de que as propostas não são “realistas” ou “sustentáveis” atacam diretamente os movimentos sociais que são com elas identificados. Os negros, portanto, não teriam compreendido suficientemente que aquilo que pensam sobre sua realidade vivida não é verdade. Careceriam de capacidade de compreensão da complexidade do racismo, de seus efeitos e de sua extensão, não sabendo formular de modo adequado suas demandas. A questão que se coloca é, de certo modo, da legitimidade da reivindicação, mas também da racionalidade dos negros para formularem políticas públicas.

No parágrafo quinto, o Manifesto contra as cotas não questiona o fato de que “a verdade amplamente reconhecida” pode significar a verdade dominante. Caberia indagar como se constroem verdades dominantes em sociedades marcadas pela exclusão social e racial de grupos das esferas de poder e de produção do conhecimento? A opinião pública majoritária pode ter legitimidade para excluir ou negar direitos de maiorias marginalizadas?

A solução para às desigualdades raciais estaria na existência de políticas públicas genéricas e amplas, capazes de dar cabo dos problemas apresentados pelas lideranças dos movimentos sociais negros. Porém, a questão a ser proposta e se políticas públicas generalistas são igualitárias em sociedades marcadas pelo racismo? Não se trata de afirmar o efeito a priori, mas de verificar se tal proposição é verdadeira em seu aspecto prático. Infelizmente, a resposta deve ser negativa. Mesmo quando os negros são atendidos nas escolas públicas o serviço que lhes é prestado é pior. A afirmação da inexistência de um problema racial no país apenas reforça a existência desse efeito perverso que pode ser conhecido estatisticamente e por leituras feitas no âmbito da antropologia e da psicologia das relações pedagógicas.

A referência aos direitos sociais faz supor que as políticas de ação afirmativa e seus defensores a eles se oponham. As soluções apresentadas apenas fazem um registro de propostas que de tão abstratas não indicam de que modo poderiam operar mudanças significativas nas desigualdades raciais, pois elas já têm sido implementadas há décadas.

O apelo ao “esforço comum” representa a idéia de uma “pacificação dos conflitos”, porém a referência ao “tons de pele” sugere que o movimento negro com suas propostas não estariam cooperando nesse esforço. Ademais é de se questionar se a idéia de “esforço” não seria uma referência implícita a tese de que as desigualdades existentes entre brancos e negros são causadas pela falta de esforço dos negros de aproveitarem as oportunidades existentes nos direitos sociais já implementados, tais como a educação. A expressão “de todos os tons de pele” adere a tese de que o país é multicolorido e que a gradação diferenciada das “peles” não permitiria se falar em grupos sociais discriminados pelo seu pertencimento racial. A denúncia dos movimentos negros, como se afirmou, seria irrealista, as estatísticas oficiais, uma invenção e a combinação de ambos uma ameaça.

No parágrafo sétimo, a expressão “Qual Brasil queremos?”, é combinação inusitada, em primeiro lugar o apelo ao substantivo “Brasil”, ao invés de sociedade ou comunidade, evoca uma identidade nacional, ao mesmo tempo, o argumento volta-se para o discurso de cegueira para com as identidades. O tema da obtenção da felicidade, como se sabe, colocada em termos tão abstratos é uma dos elementos retóricos do liberalismo que pressupõe que as desigualdades sejam

produzidas pelas diferenças de talento e não por outras causas. Tal argumento somente é válido em sociedade nas quais o ponto de partida de competição seja igualitário. Como é apresentado no primeiro tópico, o manifesto confunde o princípio da igualdade com a existência de uma situação fática de igualdade entre os grupos raciais.

A cegueira liberal avança no uso da expressão que “ninguém seja discriminado, de forma positiva ou negativa”. De fato, as discriminações positivas são inerentes a qualquer Estado que pretenda formular políticas sociais, inclusive aquelas que, aparentemente, são defendidas no manifesto. Vale dizer há discriminação na manutenção de faixas de isenção do imposto de renda para os mais pobres ou na concessão de licença maternidade. O princípio Republicano não se opõe ao tratamento diferenciado quando há base fática que justifique formas de compensação destinadas a promover a igualação entre indivíduos que se encontrem em situação desigual. Portanto, o cerne do argumento expendido ao longo do manifesto é de que não há desigualdades raciais e que o racismo no Brasil não provoca efeitos na qualidade de vida e nas expectativas sociais da população negra. Daí a razão pela qual insiste na necessidade de desconsiderar os indicadores sociais produzidos com a inclusão do quesito raça/cor, além da velada crítica presente às denúncias dos movimentos sociais. .

Todavia, o manifesto destaca o projeto de uma sociedade onde não haja discriminação. Como alcançá-la? A resposta dada é a valorização das pessoas pelo que elas são e pelo que conseguem fazer, e com o julgamento das pessoas pelo seu caráter e não pela sua cor da pele. O projeto de uma sociedade sem discriminação também é aquele formulado pelos partidários das ações afirmativas. A diferença está no fato de que estes, assim como Martin Luther King, reconhecem a existência dos efeitos do racismo no tempo presente e assumem a responsabilidade pela situação atual sem projetar o desejo de mudança numa sociedade imaginária. Os partidários das ações afirmativas, assim como o líder negro americano, argumentam que os negros não são, na prática, julgados pelo que são e pelo seu caráter, mas pela “cor de sua pele”.

Entretanto, a utilização da fala desse e de outros líderes negros, pelos adversários das políticas de ação afirmativa, impõe uma reflexão moral. Quando Luther king propunha seu sonho de transformação ele estava seguro que utopia e

ação eram indissociáveis e, mais, que o caráter de um homem estaria na forma como ele se vincula efetivamente em suas ações aquilo que declara como seu sonho. Além disso, estava seguro que a situação dos negros era marcada pela desigualdade. Seu pensamento partia da sinceridade de propósitos e da retidão do caráter. A utilização do seu nome no manifesto, ao contrário, serve apenas para demonstrar a desconsideração para com as denúncias das desigualdades de tratamento que afetam os negros no Brasil, distanciando a reflexão da ação. Oferece-se à população negra o mesmo sonho de igualdade proposto pelos ideólogos da escravidão, a igualdade que virá seguramente no além vida. As desigualdades no mundo são apenas fatalidades ou não existem, malgrado a insistente denúncia dos negros, revelando uma profunda desconsideração para com a manifestação de revolta contra atos de desrespeito, para com as vozes de grupos que se sentem excluídos.

A proposta de políticas públicas resume-se em que "todos tenham acesso a todos os serviços públicos". Neste caso, sequer a prestação de serviços públicos genéricos é questionada de modo adequado. Implicitamente se conclui que os negros podem estar, eventualmente, em situação de desigualdade por não terem acesso aos serviços públicos. Porém, nem sempre tal afirmação é verdadeira, eles têm acesso aos serviços públicos de forma diferenciada por conta da persistência de crenças raciais. Os serviços públicos são também distribuídos conforme padrões não debatidos de pertencimento racial, excluindo sistematicamente a população negra de seus benefícios. Em alguns casos, o não reconhecimento de que a população negra sofre os efeitos do racismo e a prestação de serviços genéricos serve para a manutenção dos efeitos do racismo. É o que ocorre quando a criança negra não é considerada na Escola em sua trajetória particular que é marcada por atos de discriminação em seu cotidiano ou quando o estudante indígena é exposto a uma educação que desconsidera suas diferenças lingüísticas ou culturais. Em matéria de prestação de serviços públicos, o argumento sobre seu caráter generalista pode significar também a manutenção de padrões particularistas que foram tomados como modelos universais e, pior, de práticas burocráticas que seguem padrões não explícitos, mas eficazes em seus efeitos, que mantém profundas distinções. Ademais, o argumento da igualdade "a partir de agora", como se todos os mecanismos de poder que determinam a distribuição de recursos

passassem a se comportar de forma universalista, não considera o fato de que as desigualdades historicamente construídas permaneceriam por várias gerações e, possivelmente, em algumas áreas, não seriam corrigidas.

Na análise do Manifesto contra as Cotas, outra questão importante desconsiderada é a existência de serviços públicos ou vantagens públicas que em nenhuma sociedade hoje existente são garantidas a todos, como o acesso ao Ensino Superior. Nestes casos, é ainda mais evidente que a desconsideração das desvantagens históricas e do presente permaneceria um obstáculo insuperável à igualdade de tratamento ou de acesso. O argumento de que não compete às instituições impessoais tratar de problemas extramuros é bem conhecido. Porém, o alibi não serve, quando, num debate público e não corporativo, se questionam as funções sociais dessas instituições financiadas por toda a sociedade, mas que tem uma parcela sistematicamente excluída de seus benefícios. Ademais a perspectiva de que a desigualdade vem de baixo ou de extramuros oculta as práticas sociais internas de discriminação e as funções cumpridas por tais instituições na reprodução de padrões sociais de desigualdade.

Como já dito nos parágrafos anteriores, o tema da prestação de serviços públicos universalistas oculta o fato de que muitas desigualdades são produzidas não somente pela ação do Estado, mas pelos mecanismos do próprio mercado ou de instituições privadas. A retirada estratégica do Estado em suas funções de promoção e regulamentação dos agentes privados garantia a permanência e o acirramento das desigualdades já existentes. O argumento de que o Estado não deve considerar as desigualdades raciais ou entre os sexos, parte do pressuposto liberal da auto-regulamentação do mercado e da impessoalidade do capital diante das diversas desigualdades que são denunciadas no presente. Na prática, o efeito desse argumento significa expor grupos marginalizados ao poder direto dos agentes privados que podem manter os padrões de desigualdade que desejarem sem tenham de responder às demandas públicas.

Por fim, no Manifesto contra as cotas há objeções de caráter aparentemente formal, como o apelo a um sentido restritivo da autonomia universitária quanto à possibilidade de regulamentação por mecanismos internos das unidades de ensino e pela necessidade de regulamentação pelo poder legislativo. Os signatários opõem-se, nesta matéria, ao poder regulamentador das unidades de ensino superior na

determinação das regras referentes ao acesso, embora ele esteja presente em diversos outros aspectos que nunca foram contestados, tais como os critérios para a contratação de professores ou inclusão em cursos de pós-graduação. A expressão “compulsória” não considera o fato de que, na prática, as universidades, onde foram implantadas reservas de vagas, têm tido autonomia para regulamentar o sistema de vestibulares, adotando, ou não o sistema de reserva de vagas. Tampouco considera que antes da avalanche de universidades cotistas, havia a defesa da autonomia universitária como barreira à regulamentação pelo poder legislativo federal. Há uma evidente maleabilidade estratégica ao longo do tempo em relação à questão formal, ora se defende a autonomia universitária contra as cotas raciais impostas por lei ora se defende que da lei depende a imposição de cotas raciais.

Por sua vez, como já se adiantou vários dos pontos favoráveis ao sistema de cotas na crítica do manifesto anterior, faz-se necessário apenas um inventário sumário dos argumentos.

Os signatários do Manifesto em Favor das Cotas Raciais e do Estatuto da Igualdade Racial partem da existência de uma desigualdade de fato, denominando-a de desigualdade racial que teria sua origem não apenas na escravidão, mas nas ações estatais subseqüentes:

“A desigualdade racial no Brasil tem fortes raízes históricas e esta realidade não será alterada significativamente sem a aplicação de políticas públicas específicas. A Constituição de 1891 facilitou a reprodução do racismo ao decretar uma igualdade puramente formal entre todos os cidadãos. A população negra acabava de ser colocada em uma situação de completa exclusão em termos de acesso à terra, à instrução e ao mercado de trabalho para competir com os brancos diante de uma nova realidade econômica que se instalava no país. Enquanto se dizia que todos eram iguais na letra da lei, várias políticas de incentivo e apoio diferenciado, que hoje podem ser lidas como ações afirmativas, foram aplicadas para estimular a imigração de europeus para o Brasil.”

Para o Manifesto em favor das Cotas e da Igualdade Racial a desigualdade poderia ser apreendida pelos dados estatísticos oficiais disponíveis nas últimas décadas.

“Esse mesmo racismo estatal foi reproduzido e intensificado na sociedade brasileira ao longo de todo o século vinte. Uma série de dados oficiais

sistematizados pelo IPEA no ano 2001 resume o padrão brasileiro de desigualdade racial: por 4 gerações ininterruptas, pretos e pardos têm contado com menos escolaridade, menos salário, menos acesso à saúde, menor índice de emprego, piores condições de moradia, quando contrastados com os brancos e asiáticos. Estudos desenvolvidos nos últimos anos por outros organismos estatais demonstram claramente que a ascensão social e econômica no país passa necessariamente pelo acesso ao ensino superior.”

Logo, as Cotas e o Estatuto da Igualdade Racial são concebidos como instrumentos para atacar essa desigualdade real que não é natural, mas fruto das políticas públicas existentes no período pós-abolição:

“Se a Lei de Cotas visa nivelar o acesso às vagas de ingresso nas universidades públicas entre brancos e negros, o Estatuto da Igualdade Racial complementa esse movimento por justiça. Garante o acesso mínimo dos negros aos cargos públicos e assegura um mínimo de igualdade racial no mercado de trabalho e no usufruto dos serviços públicos de saúde e moradia, entre outros. Nesse sentido, o Estatuto recupera uma medida de igualdade que deveria ter sido incluída na Constituição de 1891, no momento inicial da construção da República no Brasil. Foi sua ausência que aprofundou o fosso da desigualdade racial e da impunidade do racismo contra a população negra ao longo de todo o século XX. Por outro lado, o Estatuto transforma em ação concreta os valores de igualdade plasmados na Constituição de 1988, claramente pró-ativa na sua afirmação de que é necessário adotar mecanismos capazes de viabilizar a igualdade almejada. Enquanto o Estatuto não for aprovado, continuaremos reproduzindo o ciclo de desigualdade racial profunda que tem sido a marca de nossa história republicana até os dias de hoje.”

Os signatários deste Manifesto também produzem uma imagem dos seus opositores, em que se criticam a incapacidade das políticas generalistas e a necessidade de uma postura pró-ativa por parte do Estado, nos seguintes termos:

“Gostaríamos ainda de fazer uma breve menção ao documento contrário à Lei de Cotas e ao Estatuto da Igualdade Racial enviado recentemente aos nobres parlamentares por um grupo de acadêmicos pertencentes a várias instituições de elite do país. Ao mesmo tempo em que rejeitam frontalmente as duas Leis em discussão, os assinantes do documento não apresentam nenhuma proposta alternativa concreta de inclusão racial no Brasil, reiterando apenas que somos todos

iguais perante a lei e que é preciso melhorar os serviços públicos até atenderem por igual a todos os segmentos da sociedade. Essa declaração de princípios universalistas, feita por membros da elite de uma sociedade multi-étnica e multi-racial com uma história recente de escravismo e genocídio, parece uma reedição, no século XXI, do imobilismo subjacente à Constituição da República de 1891: zerou, num toque de mágica, as desigualdades causadas por séculos de exclusão e racismo, e jogou para um futuro incerto o dia em que negros e índios poderão ter acesso equitativo à educação, às riquezas, aos bens e aos serviços acumulados pelo Estado brasileiro. Essa postergação consciente não é convincente. Diante dos dados oficiais recentes do IBGE e do IPEA, que expressam, sem nenhuma dúvida, a nossa dívida histórica com os negros e os índios, ou adotamos cotas e implementamos o Estatuto, ou seremos coniventes com a perpetuação da nossa desigualdade étnica e racial.”

As experiências implementadas seriam capazes de desmentir o argumento da falta de realismo⁶ e da possibilidade de criação de um racismo inexistente:

“Outro argumento muito comum usado por aqueles que são contra as políticas de inclusão de estudantes negros por intermédio de cotas é que haveria um acirramento dos conflitos raciais nas universidades. Muito distante desse panorama alarmista, os casos de racismo que têm surgido após a implementação das cotas têm sido enfrentados e resolvidos no interior das comunidades acadêmicas, em geral com transparência e eficácia maiores do que havia antes das cotas. Nesse sentido, a prática das cotas tem contribuído para combater o clima de impunidade diante da discriminação racial no meio universitário. Mais ainda, as múltiplas experiências de cotas em andamento nos últimos 4 anos contribuíram para a formação de uma rede de especialistas e de uma base de dados acumulada que facilitará a implementação, a nível nacional, da Lei de Cotas.”

⁶ “No caminho da construção dessa igualdade étnica e racial, somente nos últimos 4 anos, mais de 30 universidades e Instituições de Ensino Superior públicas, entre federais e estaduais, já implementaram cotas para estudantes negros, indígenas e alunos da rede pública nos seus vestibulares; e a maioria adotou essa medida após debates no interior dos seus espaços acadêmicos. Outras 15 instituições públicas estão prestes a adotar políticas semelhantes. Todos os estudos de que dispomos já nos permitem afirmar com segurança que o rendimento acadêmico dos cotistas é, em geral, igual ou superior ao rendimento dos alunos que entraram pelo sistema universal. Esse dado é importante porque desmonta um preconceito muito difundido de que as cotas conduziram a um rebaixamento da qualidade acadêmica das universidades. Isso simplesmente não se confirmou. Uma vez tida a oportunidade de acesso diferenciado (e insistimos que se trata de cotas de entrada e não de saída), o rendimento dos estudantes negros não se distingue do rendimento dos estudantes brancos.”

Ao invés de conceber as medidas propostas como criadoras de privilégios, o Manifesto em favor das Cotas e da Igualdade Racial demonstra que há um sistema de privilégios implantados que violam faticamente o Princípio Republicano da Igualdade de todos perante a lei, como argumentam seus defensores:

“Colocando o sistema acadêmico brasileiro em uma perspectiva internacional, concluímos que nosso quadro de exclusão racial no ensino superior é um dos mais extremos do mundo. Para se ter uma idéia da desigualdade racial brasileira, lembremos que, mesmo nos dias do apartheid, os negros da África do Sul contavam com uma escolaridade média maior que a dos negros no Brasil no ano 2000; a porcentagem de professores negros nas universidades sul-africanas, ainda na época do apartheid, era bem maior que a porcentagem dos professores negros nas nossas universidades públicas nos dias atuais. A porcentagem média de docentes nas universidades públicas brasileiras não chega a 1%, em um país onde os negros conformam 45,6 % do total da população. Se os Deputados e Senadores, no seu papel de traduzir as demandas da sociedade brasileira em políticas de Estado não intervierem aprovando o PL 73/99 e o Estatuto, os mecanismos de exclusão racial embutidos no suposto universalismo do estado republicano provavelmente nos levarão a atravessar todo o século XXI como um dos sistemas universitários mais segregados étnica e racialmente do planeta! E, pior ainda, estaremos condenando mais uma geração inteira de secundaristas negros a ficar fora das universidades, pois, segundo estudos do IPEA, serão necessários 30 anos para que a população negra alcance a escolaridade média dos brancos de hoje, caso nenhuma política específica de promoção da igualdade racial na educação seja adotada.”

Segundo os partidários do Manifesto em Favor das Cotas e da Igualdade Racial, a denúncia da real discriminação e a necessidade de ação diante da desigualdade fática são elementos constitutivos do Princípio da Igualdade, pois: “a igualdade universal dentro da República não é um princípio vazio e sim uma meta a ser alcançada. As ações afirmativas, baseadas na discriminação positiva daqueles lesados por processos históricos, são a figura jurídica criada pelas Nações Unidas para alcançar essa meta.” Ao mesmo tempo, denunciam o caráter insuficiente dessas medidas, porque:

“Para que tenhamos uma noção da escala de abrangência dessas leis a serem votadas, o PL 73/99, que reserva vagas na graduação, é uma medida ainda

tímida: garantirá uma média nacional mínima de 22,5% de vagas nas universidades públicas para um grupo humano que representa 45,6% da população nacional. É preciso, porém, ter clareza do que significam esses 22,5% de cotas no contexto total do ensino de graduação no Brasil. Tomando como base os dados oficiais do INEP, o número de ingressos nas universidades federais em 2004 foi de 123.000 estudantes, enquanto o total de ingressos em todas as universidades (federais, estaduais, municipais e privadas) foi de 1.304.000 estudantes. Se já tivessem existido cotas em todas as universidades federais para esse ano, os estudantes negros contariam com uma reserva de 27.675 vagas (22,5% de 123.000 vagas). Em suma, a Lei de Cotas incidiria em apenas 2% do total de ingressos no ensino superior brasileiro. Devemos concluir que a desigualdade racial continuará sendo a marca do nosso universo acadêmico durante décadas, mesmo com a implementação do PL 73/99. Sem as cotas, porém, já teremos que começar a calcular em séculos a perspectiva de combate ao nosso racismo universitário. Temos esperança de que nossos congressistas aumentem esses índices tão baixos de inclusão!”

A questão formal é afastada com a referência às medidas que deveriam ser adotadas no Brasil em razão da recepção das normas de Direito Internacional:

“O PL 73/99 (ou Lei de Cotas) deve ser compreendido como uma resposta coerente e responsável do Estado brasileiro aos vários instrumentos jurídicos internacionais a que aderiu, tais como a Convenção da ONU para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD), de 1969, e, mais recentemente, ao Plano de Ação de Durban, resultante da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban, na África do Sul, em 2001. O Plano de Ação de Durban corrobora a ênfase, já colocada pela CERD, de adoção de ações afirmativas como um mecanismo importante na construção da igualdade étnica e racial e essas medidas já se efetivam em inúmeros países multi-étnicos e multi-raciais semelhantes ao Brasil. Ações afirmativas foram incluídas na Constituição da Índia, em 1949; adotadas pelo Estado da Malásia desde 1968; nos Estados Unidos desde 1972; na África do Sul, em 1994; e desde então no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia, na Colômbia e no México. Existe uma forte expectativa internacional de que o Estado brasileiro finalmente implemente políticas consistentes de ações afirmativas, inclusive porque o país conta com a segunda maior população negra do planeta e deve reparar as

assimetrias promovidas pela intervenção do Estado da Primeira República com leis que outorgaram benefícios especiais aos europeus recém chegados, negando explicitamente os mesmos benefícios à população afro-brasileira.”

Enfim, no que se refere ao Princípio da Igualdade, a oposição entre os signatários do Manifesto Contra as Cotas e do Manifesto a Favor das Cotas está no fato de que aqueles extraem da igualdade formal a tese da cegueira em relação à raça e interpretam-na como cegueira em relação à existência do racismo, estes, ao contrário, a partir do reconhecimento de uma trajetória história e de dados sociológicos, afirmam a necessidade de interpretar a igualdade em seu sentido material, e apelam para a necessidade de ajustes nas políticas públicas generalistas.

De fato, como se argumenta, ao longo do texto, o Princípio da não Discriminação em relação à raça e o Princípio da Igualdade, em seu sentido material, não são opostos, mas se complementam. A busca do sentido de ambas as dimensões depende do aprendizado histórico. Não se pode instituir políticas públicas com base em doutrinas de supremacia racial, como foram as políticas implementadas pelo Estado Nazista, aqui o uso da raça surge como uma proibição. Todavia, esta proibição não afasta a possibilidade de se reconhecer situações fáticas nas quais o a crença na raça seja determinante da produção de desvantagens sociais. Neste caso, o reconhecimento da existência do racismo induz a necessidade de uma ação estatal de igualação.

De outra parte, a valorização da Diversidade, assim como da Igualdade, é tema comum aos partidários e aos opositores das políticas de ação afirmativa. Todavia, também nesse caso, as opções pela interpretação da diversidade como um princípio e prática social são distintas.

A diversidade surge de modo contraditório. Pode-se falar num respeito à diversidade humana do ponto de vista individual ou coletivo. Ela pode ser considerada como um atributo da essência de indivíduos ou de coletividades ou como um processo social que admita novas formas de interação e, conseqüentemente, mudanças. Neste caso, pode-se sugerir que o objetivo da defesa da diversidade seja a preservação de seus conteúdos essenciais ou, ao contrário, da preservação dos mecanismos que permitem a sua produção. A primeira opção, em nome da diversidade, a confina, a segunda admite a existência

de um espaço aberto a novas inclusões. Quanto ao uso ou a manifestação da diversidade pode-se considerar que a diversidade deva se manifestar apenas na esfera privada ou na pública. Numa terceira via, pode-se admitir que a relação entre o espaço público e privado constitui-se como uma tensão, e, em determinadas situações questões aparentemente privadas precisam ser apresentadas como problemas públicos. Pode-se, ainda, atribuir funções positivas a diversidade ou considerá-la como um mecanismo de demarcação de diferenças que produzem formas de desigualdade. A distância entre essas duas opções, não pode ser determinada sem o recurso ao Princípio da Igualdade.

"Que se valorize a diversidade como um processo vivaz e integrante do caminho de toda a humanidade" é um argumento presente no Manifesto Contrário às Cotas Racial, porém, o manifesto confina a diversidade como uma manifestação individual da esfera privada ou como representação da imagem de uma coletividade pacificada. Logo, a diversidade não poderia ser proposta como uma questão para o Estado, salvo para manter uma representação hegemônica dessa diversidade, construída sobre as ruínas da negação da diversidade social. A redução da diversidade à esfera da autonomia privada tende a garantir a ditadura dos padrões de diversidade incentivados pelos agentes privados ou aqueles padrões de diversidade de um grupo que, pela tradição não questionada, passam a ser considerados como padrões comuns adotados pelo próprio Estado.

A presença do não reconhecimento das diversidades coletivas ou da pluralidade das tradições culturais impõem uma profunda desconsideração à subjetividade de indivíduos e são um instrumento de produção de desigualdades sociais. A diversidade como hegemonia, é, de fato, tudo, menos diversidade. De outra parte, a diversidade atribuída a um grupo pode servir de argumento para a redução de suas possibilidades de interação e mudança ou, ainda, como forma de justificar formas de inferiorização. Não obstante, a questão necessita ser resolvida no plano dos princípios e não pela lógica do tudo ou nada. Não há justificativa plausível, em nome da diversidade, para negar a reivindicação de grupos quanto à denúncia de padrões de comportamento que lhes oprimem diretamente, sob o argumento da defesa de tradições universalistas, tal como o de que a diversidade apenas se manifesta na esfera privada e da autonomia individual, ou sob o argumento da defesa de tradições de uma identidade nacional.

A questão que se coloca no caso das populações negras é supor que a concessão de direitos decorrentes do reconhecimento de que elas tenham desvantagens em razão do racismo seja uma forma de fixação pelo Estado de uma identidade branca e negra. Também, nesse caso, se supõe que a desigualdade possa ser resolvida pela diversidade na esfera da vida privada. Ou seja, que padrões de comportamento sexual entre grupos poderiam eliminar as barreiras sociais contra indivíduos que são identificados como pertencentes a grupos inferiores. Antes de mais nada, convém saber se a reivindicação dos movimentos sociais negros é sobre a supressão de leis que impedem relações sexuais entre indivíduos ou não. A existência de um problema que afeta a autonomia privada sequer é cogitado, como se depreende do Manifesto a Favor das Cotas. O cerne do debate é, portanto, como determinados indivíduos são identificados na esfera pública e o que isso representa de desvantagem na fruição de direitos. Ademais, seria absurda a hipótese de que um tribunal constitucional pudesse debater e declarar qual é a natureza das relações sexuais e os padrões de reprodução entre grupos humanos em determinado país. Porém, não é absurda a hipótese de que esse mesmo tribunal debata a existência de uma identidade social que represente desvantagens para um indivíduo em sua vida social. De igual modo, a tese de que o preconceito e a discriminação possam ser resolvidos no curso de gerações, de acordo com padrões de reprodução humana, projeta para as gerações futuras uma igualdade que as gerações presentes, desrespeitadas em sua identidade social, não podem usufruir.

Há que se considerar ainda um fato determinante no debate. Num momento singular de nossa história política, mais de cem anos após a abolição, negros organizados conseguem o reconhecimento de parte de suas reivindicações pelo Estado brasileiro. Desde a Constituição de 1988, a nível municipal, estadual e federal, no âmbito da Administração Pública e do Poder Judiciário, têm sido implementadas medidas de promoção da igualdade e de combate da desigualdade racial com a participação de movimentos sociais. Esse processo vivo de criação e de efetivação de direitos enfrentou vitoriosamente seu maior obstáculo, o convencimento da academia brasileira, local privilegiado na produção do conhecimento e de formação dos profissionais que compõem os quadros do Estado. Esse processo dinâmico e pulverizado, assim como foram os anos finais da abolição

da escravatura, dependeu de conjunturas políticas e sociais, mas expressou a importância da esfera pública de discussão e da abertura do Estado às demandas sociais.

1.3 A Identidade Racial como Problema

Durante a Conferência Durban (2001), Matheus Shirts, colunista do jornal Estadão, afirmava que a adoção do sistema de “cotas” constituiria uma americanização do Brasil: “Cotas raciais vão na contramão da tradição brasileira, estimulando uma definição racial mais nítida. É preciso determinar a cor de cada aluno em potencial para saber quem deve ser beneficiado pela ação afirmativa.” Ao inverso, Roberto Pompeu de Toledo, colunista da revista Veja indagava:

“Como definir quem é negro? Trata-se de objeção cujo efeito é nada menos do que fazer parar tudo. Se não se sabe quem é negro, como promover os negros? O argumento é o segundo melhor para justificar a inação nesse assunto. O primeiro é negar que haja discriminação racial no Brasil. (...) Quanto ao problema de classificar quem é negro no Brasil, já se reconheceu que a questão tem mesmo sua complexidade, mas o curioso é que na hora de discriminar, as dificuldades desaparecem.”⁷

A opinião dos dois colunistas era indício dos elementos que seriam agregados ao debate sobre a adoção dessas políticas. A discussão, antes focada nas desigualdades entre brancos e negros, deslocou-se em direção ao tema da “identidade negra” e da possibilidade de se identificar os destinatários das “cotas raciais”. O caminho foi longo.

Em 1995, o Instituto Datafolha testou a oposição dos brasileiros ao sistema, mas tal objeção sequer foi sugerida. O resultado foi idêntico quando, em 2003, a Fundação Perseu Abramo retomou o tema.⁸ Em 2004, Sílvia Ramos e Leonarda Musumeci registraram que, na opinião da população carioca, as posições contra e a favor das cotas raciais eram formas diferentes de interpretar a idéia de igualdade. Entretanto, dois temas estavam sub-representados: apenas 5,1% dos opositores

⁷ Citados por IRACI, Nilza; SANEMTSU, Marisa. Racismo e Imprensa. In: RAMOS, Sílvia. Mídia e Racismo. Rio de Janeiro: Pallas, 2002, p. 122 a 151.

⁸ SANTOS, Givanilda & SILVA, Maria Palmira (org.). Racismo no Brasil. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005, p. 129-175.

dizia que o ensino básico deveria ser melhor e apenas 0,6 dos entrevistados dizia ser difícil identificar quem é negro. A melhoria da escola pública não era uma solução vista como capaz de minimizar as desigualdades raciais e a presença estatística insignificante do tema “identificação” demonstra que ele sequer se constituía num problema para os que se opunham às cotas raciais. Em contrapartida, havia consenso sobre a existência do preconceito racial. As pesquisas indicavam a capacidade do brasileiro de reconhecer o preconceito, apesar de sua dificuldade de se reconhecer como agente discriminador. Assim, por exemplo, em 2003, 89% dos entrevistados reconhecia que havia racismo no Brasil.⁹

O argumento sobre a “identificação” adquiriu importância devido à ação da mídia e dos signatários do Manifesto Contra as Cotas Raciais quando da implantação do sistema de reserva de vagas na Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ (2001) e na Universidade Nacional de Brasília - UnB (2003). As objeções quanto à identidade negra tomaram, invariavelmente, como fonte as notícias produzidas pela mídia.¹⁰ Elas expressavam a estratégia de retratar as novas políticas como “políticas da diferença”, cujo cerne seria uma luta identitária entre grupos sociais, competindo pela própria demarcação da diferença. No mesmo passo, as “cotas raciais” foram rotuladas como ataques às representações nacionais, especificamente à imagem de um país miscigenado onde se teria constituído uma autêntica “democracia racial”.

Assim, para os signatários do Manifesto Contra as Cotas, a diferença é pensada tanto na atribuição de uma identidade coletiva aos brasileiros, a identidade nacional, representação de uma forma peculiar de resolver a questão racial, quanto de modo específico como identidade atribuída a determinados grupos - ou a determinados indivíduos pertencentes a tais grupos - ensejadora de uma ameaça, causadora de um medo, de efeitos inesperados e aterrorizantes. Em outras palavras, há entre os adversários das políticas de ação afirmativa para negros um consenso sobre a diferença brasileira que é retratada nas seguintes dimensões: (i) uma negativa teórica (não devemos fazer) e (ii) outra prática (não podemos fazer). Ou seja: (i) Não devemos romper com nossa tradição sobre relações raciais; (ii)

⁹ RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. Elemento Suspeito. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

¹⁰ Exemplo é o debate formulado por MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. Política de Cotas Raciais, os “Olhos da Sociedade” e os Usos da Antropologia: O Caso do Vestibular da Universidade de Brasília. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso: fevereiro de 2006.

Nossa tradição quanto às relações raciais nos impede de implementar programas de inclusão para negros. Permeando esses argumentos está o o medo. Ele se refere, numa primeira apreensão, à ruptura da identidade (coletiva- a identidade nacional) provocada pela emergência de identidades coletivas (subnacionais).¹¹

A polêmica incidiu sobre as formas de designação do grupo de destinatários (Negros, pretos, pardos ou afro-descendentes?), os métodos de reconhecimento do pertencimento a esses grupos (Autodefinição ou heterodefinição? Como impedir fraudes?), os critérios de definição (Como são construídas as categorias adotadas pelo IBGE? Deve-se considerar que há preconceito de cor ou preconceito de raça, a ascendência ou a aparência é deve ser considerada?), os possíveis efeitos reversos das políticas de ação afirmativa (O uso de fotos, a existência de filas, comissões de “verificação racial” consistiriam atos de discriminação praticados contra os cotistas, demonstrando a existência de uma vinculação inevitável entre reserva de vagas e racismo?).

Os argumentos mais utilizados na oposição às políticas de ação afirmativa raciais, cuja premissa é a diferença de nossa constituição enquanto povo, são os seguintes: i) As relações raciais no Brasil são fundadas na mestiçagem, o que impede a delimitação de quem tem ou não direito a programas destinados a afro-descendentes; ii) a impossibilidade de delimitar quem é negro apresenta-se como o avesso de outro problema inicial como definir quem é negro ou qual seria a definição adequada; iii) ambas as questões (da definição a priori e da seleção concreta) refletem-se no uso de categorias lingüísticas, as quais seriam em nosso país mais plurais e imprecisas. iv) os partidários dos programas de ação afirmativa tratam das categorias negro e raça como se elas fossem essências, anteriores a própria definição. Tratam das categorias raça e negro como realidades naturais e objetivas. Logo, essencializam a raça. Esses quatro aspectos (natureza das relações raciais no país, definição das categorias lingüísticas, uso dessas categorias e a preocupação em não provocar a essencialização das categorias raciais) refletem-se em outros argumentos no plano jurídico. De forma resumida, demarcam a

¹¹ Os signatários do Manifesto a Favor das Cotas defendem, por sua vez, que a sociedade brasileira já está dividida na medida em que o Princípio da Igualdade não é respeitado como demonstram os dados estatísticos sobre as populações negras e a trajetória histórica desse grupo. Propõem, portanto, a reconstrução da sociedade pela intervenção do Estado com políticas específicas.

impossibilidade de implementar políticas públicas específicas ou o repúdio a tais políticas, sob o fundamento de que elas trariam efeitos reversos.

Essas questões, muito embora não sejam significativas para o senso comum, repercutiram na legitimidade dessas políticas, constituindo-se num suposto obstáculo e num argumento cada vez mais utilizado para sua não concretização, inclusive nas ações judiciais propostas.

De fato, tais dúvidas se inserem numa longa tradição, como se argumenta no decorrer deste texto, de desconstrução dos processos sociais de conquistas por direitos dos grupos negro e indígena. Não são apenas objeções quanto a procedimentos, mas sobre os fundamentos das políticas de reconhecimento. Referem-se a problemas, tais como, as relações entre identidade de novos sujeitos de direitos, identidade nacional e identidade do sujeito constitucional, às interferências entre ideologias nacionais e as concepções procedimentalistas e substancialistas de democracia, à validade do conhecimento científico na apreensão das identidades dos grupos beneficiários das políticas específicas, ao modelo dos direitos sociais diante das políticas de reconhecimento e às relações entre Estado e Sociedade Civil na construção de políticas públicas.

Uma primeira leitura indica que se no final dos anos 1990, dois argumentos foram importantes para o movimento intelectual de denúncia da desigualdade racial - demonstrar o vínculo do Estado brasileiro e da tradição jurídica com o racismo contra os negros e denunciar os limites das estratégias repressivas para a tutela dos direitos das populações negras - os anos 2000 ofereceram novo desafio, a tentativa de desconstrução das primeiras políticas públicas específicas com o deslocamento discursivo do tema da igualdade para os temas da diferença e da identidade. Em outras palavras, trata-se de um duplo movimento, de implementação de políticas públicas - com intensa participação da sociedade civil, apesar de fragmentadas e distantes ainda de uma política efetivada do Estado brasileiro- , e de reação contra os aspectos práticos dessas políticas. O novo cenário teria trazido algo novo?

Sem descartar a hipótese de uma novidade, o presente texto insiste que, num quadro histórico mais longo, trata-se da reação de uma longa tradição autoritária a novos mecanismos de participação popular potencializados com a Constituição de 1988. A reação às cotas raciais não seria uma reação de um discurso contra

hegemônico, mas, ao invés disso, a tentativa de rearticular os mesmos pressupostos da ideologia da democracia racial num novo quadro político e, às vezes, conceitual.

De qualquer modo, os programas de ação afirmativa são realidade concreta e têm promovido a inclusão de negros (afrodescendentes). Aquelas objeções não alteraram o cerne do problema para os signatários do Manifesto Favorável às Cotas Raciais, pois ainda devem responder a duas questões: (i) Como fundamentar as práticas de seleção dos destinatários dos programas de ação afirmativa e como aperfeiçoá-las? (ii) De modo específico, como fundamentar constitucionalmente tais processos?

O centro da “nova” polêmica foi, do ponto de vista concreto, os denominados métodos de identificação (auto-atribuição ou hetero-atribuição). Isso porque algumas instituições de Ensino Superior, em especial a UnB (Universidade Nacional de Brasília) e a UFPR (Universidade Federal do Paraná), criaram mecanismos de controle administrativo no processo de inscrição para tais programas, cujo objetivo era garantir que o grupo negro fosse efetivamente beneficiado. Rapidamente, as denominadas “comissões raciais” ficaram conhecidas em todo o país e foram objeto de manifestações, em sua maioria negativas. Novamente, a idéia da diferença à brasileira retornou ao centro do debate.

O presente texto busca compreender como esse processo construiu a pergunta: “Que negro é esse das políticas de ação afirmativa?”. Ao invés, de dar uma resposta imediata sobre a objetividade de um método de identificação dos beneficiários das políticas de ação afirmativa, busca reconstruir a trajetória histórica que permitiu a construção do negro como sujeito constitucional negado pelo constitucionalismo periférico. Retoma as lutas sociais em torno da construção do princípio da igualdade e da liberdade para demonstrar que a dificuldade não está em saber que negro é esse, mas em se aceitar a presença dos negros como sujeitos de direitos.

Defende, portanto, que nessa pequena questão condensa-se uma longa história de lutas sociais desde os movimentos políticos que foram contemporâneos à Era das Revoluções até os debates sobre a construção do Estado Nacional. A diferença brasileira não seria uma forma brasileira de resolver o problema racial, mas uma estratégia de desconstruir e retirar da história constitucional as lutas

sociais empreendidas pelos povos da Diáspora negra da história constitucional de nosso país.

Por tal razão a resposta às objeções sobre a identidade e a diferença deve partir, em primeiro lugar, da crítica ao constitucionalismo periférico no seu papel de desconhecimento da luta das populações negras pela busca da dignidade humana, do igual respeito e consideração devido a todos os integrantes de uma comunidade estruturada a partir do Princípio da Igualdade. Em segundo lugar, do reconhecimento daquilo que foi negado, a Igualdade, como já demonstram as inúmeras teses sobre o tema, mas também do uso da Liberdade na busca dessa Igualdade que, por ser fruto dessa mesma trajetória histórica de violações deve comportar a possibilidade da diferença. Em terceiro lugar, que o processo de reconhecimento em políticas públicas deve ser pensado a partir dessa tensão entre Igualdade e Liberdade. O uso da liberdade de se dizer negro encontra sentido na medida em que ele reivindica um lugar de busca da Igualdade negada pela discriminação e preconceitos raciais. Logo, não é apenas uma declaração, mas uma declaração que se vincula a uma situação vivenciada por um grupo de sujeitos que lutaram ao longo de décadas contra práticas sociais e estatais discriminatórias, e construíram a possibilidade tardia de uma ação estatal positiva. A dúvida sobre quem é negro somente subsiste quando se essencializa a raça, ao invés de compreendê-la como um lugar de fala em que sujeitos são construídos discursivamente como resposta a condições vivenciadas de discriminação ou quando se essencializa a nação, ao invés de compreendê-la como uma construção problemática que nega tantas outras histórias subnacionais e que não pode ser aceita pela interpretação constitucional sem passar pelo crivo da reconstrução a partir do Princípio da Igualdade.

Os manifestos contra e a favor das cotas raciais oferecem alternativas sobre nosso futuro constitucional. Não há como negar que o apelo discursivo ao medo e à unidade supostamente existente em uma comunidade anterior ao próprio direito seja mais atrativa do ponto de vista subjetivo ao intérprete constitucional. Porém, a tese da democracia racial tranquiliza, mas não resolve do ponto de vista constitucional nem a questão da Igualdade nem da Liberdade. A pergunta que resta é saber se o constitucionalismo pode oferecer uma solução mais atrativa. A resposta proposta neste texto é positiva desde que se considerem as lutas sociais dos Povos da

Diáspora Negra dignas de serem contadas como integrantes da memória constitucional brasileira e universal.

1.4 O Caminho a Ser Percorrido

O caminho a ser percorrido nesse intento de demonstrar o papel do Princípio da Liberdade, em sua relação com o Princípio da Igualdade, na fundamentação nas políticas de ação afirmativa, divide-se em cinco capítulos, os quais tratam, resumidamente, dos seguintes temas:

a) a abertura do sujeito constitucional (povo) para a inclusão de novos sujeitos constitucionais, o papel do modelo procedimental de democracia e do direito como integridade como alternativas atraentes diante das versões substancialistas para a representação de uma sociedade pluralista;

b) a emergência dos novos sujeitos constitucionais no texto e no contexto da Constituição de 1988, como representações dos Povos da Diáspora Africana e das Populações originárias das Américas, a partir de um modelo procedimental e de abertura constitucional para os Direitos Fundamentais e para os Direitos Humanos, demonstrando como a emergência da diferença local surge na tensão entre particular e o universal,

c) a trajetória histórica da luta pela liberdade desses “novos sujeitos”, por reconhecimento e contra a escravidão, capaz de demonstrar como essa luta foi decisiva para, em reação, desencadear a construção de um pensamento conservador e antidemocrático que a identificou com as imagens do medo e do terror revolucionário.

d) a presença dos ecos desse discurso do medo da liberdade no pensamento racista e nas idéias sobre o significado do pluralismo na sociedade brasileira que deram origem a versões substancialistas de democracia e delimitaram a visão autoritária da diferença nacional, em especial a ideologia da Democracia Racial e do autoritarismo político constitucional

e) a reivindicação por políticas de ação afirmativa no Ensino Superior pelas populações negras como construção de uma identidade aberta para a procedimentalização da liberdade e como forma de atribuição de igual respeito e consideração devidos no passado e no presente.

Desse modo, o primeiro capítulo tem por objetivo apresentar o vínculo constitutivo entre a idéia de universalidade e diferença no pensamento moderno e, a seguir, o problema da diferença no âmbito da teoria constitucional, sob a perspectiva da emergência de novos sujeitos constitucionais. Logo, propõe-se a demonstrar o equívoco existente em se aceitar que um ethos pré-político ou um conceito substancial de povo sirva como limite às denúncias de violação aos direitos de Igualdade e Liberdade. Pergunta-se: De que modo a categoria Povo pode ser referida, diante de uma sociedade pluralista e marcada por diferenças?

O segundo capítulo intenta debater os elementos do pluralismo na Constituição Federal de 1988, a partir das demandas por igualdade e liberdade dos movimentos sociais negros e das comunidades indígenas. Propõe uma leitura do texto constitucional capaz de vincular as inovações da ordem social, que expressamente se referem à esses dois grupos sociais, à abertura dos Direitos Fundamentais aos Direitos Humanos. Dessa forma, de um lado, investiga os sentidos atribuídos a idéia de pluralismo e sua relação com a trajetória do direito à Liberdade e, de outro, inicia uma leitura da diferença na Constituição brasileira capaz de apreender as possibilidades de uma sociedade plural em sua formação. Pergunta-se: Por que as cotas raciais são compatíveis com a ordem constitucional? Qual sua importância na reconstrução de nossa memória constitucional?

Argumenta-se que as inovações da Constituição Cidadã na enunciação detalhada de novos "sujeitos constitucionais", ao fazer referência a novos sujeitos nominados no texto de outros países (mulheres, deficientes físicos, crianças e adolescentes etc) e a novos sujeitos cuja representação é "local", com paralelo somente em países marcados pelo colonialismo e pelo escravismo ("populações indígenas", "comunidades quilombolas" e "grupos participantes do processo civilizatório nacional", tais como os "afro-brasileiros"), bem como ao admitir a incorporação de novos direitos fundamentais previstos nos Tratados de Direitos Humanos, sugere a necessidade de uma leitura procedimental da relação entre democracia e identidade do sujeito constitucional, ao invés de uma leitura substancialista que fixa o conceito de povo, eliminando a possibilidade de inclusão jurídica da diferença.

O terceiro capítulo pretende compreender as limitações impostas ao reconhecimento de direitos para as populações negras a partir de uma narrativa que

reconstrua, ainda que parcialmente, as bases e os limites do Estado nacional brasileiro marcado por elementos fundamentais desde sua origem: o colonialismo, o genocídio, a escravidão, a diáspora negra e o racismo. É, especificamente, a representação da liberdade (e da igualdade, como igual respeito e consideração) que importa nesta tentativa.

Trata-se de refletir sobre a construção nacional da forma constitucional a partir das lutas sociais que marcaram as sociedades periféricas. Enfatiza-se o aspecto da representação da participação popular como traço essencial de estratégias para justificar um duplo movimento de negação: a) dos ideais de universalização de direitos explícitos ou implícitos nas práticas de resistência das populações negras; b) da emergência de formas culturais não européias - não necessariamente "originalmente" africanas, mas quase sempre transculturais - que representavam as tentativas de adaptação e redimensionamento do horizonte diante das diversas formas de opressão as quais tais populações foram submetidas; Defende-se, portanto, que os "espectros constitucionais", ou seja, as representações, no imaginário coletivo e dos intelectuais, sobre esses grupos sociais excluídos, quando empreendiam lutas sociais por direitos, nesse duplo sentido negado, compõem o elemento mais marcante do constitucionalismo nacional.

A principal inflexão se refere a um aspecto central da "Era das Revoluções", a sua dupla imagem, a do uso legítimo da violência e a do terror revolucionário. Porém, não se propõe considerar como ocorre a recepção da influência das idéias revolucionárias de Igualdade e Liberdade pelas populações da diáspora negra ou como são recebidas nos países periféricos as doutrinas conservadoras sobre a ordem. Parte-se da perspectiva de que, na Modernidade, os fenômenos constitutivos das relações de poder e de sua contestação são mundializados, e, portanto, revelam-se em contextos locais dentro e fora da Europa. Da mesma forma, as idéias políticas encontram nestas diversas relações de poder nascimento e trocas transversais, sobretudo nos momentos históricos em que o fluxo da comunicação não havia sido disciplinado pelo Estado ou pelos mecanismos do mercado.

Argumenta-se que se a Revolução Francesa foi capaz de fornecer leituras para a construção de um pensamento libertador e revolucionário, também fez emergir um pensamento conservador e reacionário que forneceu as bases de um constitucionalismo nacional. Mais ainda, a partir da leitura empreendida por Susan

Buck-Morss, defende-se que as outras faces do uso da Liberdade, e da reação que lhe seguiu, podem ser lidas nas reações à Revolução de Saint Domingues e das diversas formas de insurgência de negros e povos originários das Américas. A construção de uma ideologia do medo da República do Haiti - república de negros e escravos no poder, da suposta barbárie das práticas animistas e fetichistas (ou da República dos Guaranis e dos índios canibais) – compôs não apenas a periferia do mapa das lutas sociais e das estratégias de construção e negação de direitos, mas o lócus privilegiado dessas estratégias, na medida em que as resistências dos escravos e libertos tornaram visível as outras faces da Modernidade - o colonialismo, a escravidão, o genocídio e o racismo – e, ao mesmo tempo, a existência de uma história universal pelo Direito à Liberdade.¹²

O quarto capítulo propõe uma percepção genealógica do argumento da diferença brasileira sobre uma identidade nacional em suas relações com as teorias raciais e o pensamento jurídico-político autoritário. A questão inicialmente proposta é a seguinte: De que modo, no pensamento dominante, raça e nação foram associadas aos fundamentos de um modelo republicano que nega - aos que não se identificam com o ideal físico e cultural do branco europeu, mas são identificados com o ideal físico e cultural dos Povos da Diáspora Africana - a possibilidade de participação democrática na denúncia da discriminação racial e de alternativas a sua superação?

Ao responder essa questão, intenta-se demonstrar como o autoritarismo combina-se historicamente nas percepções quanto às relações raciais que retratam a sociedade brasileira como uma sociedade miscigenada e livre do racismo institucional. De igual modo, como o elogio do “modelo brasileiro” de integração racial representa, de fato, uma negação das possibilidades da construção republicana, democrática e pluralista que seja capaz de atribuir igual respeito e consideração tanto no presente quanto no passado aos que são identificados como negros. Esse capítulo tem importância decisiva, pois antes de se tratar da pergunta “que negro é esse da política de cotas no Brasil”, são necessárias três outras perguntas: Que indivíduo é esse, sujeito de direitos? Que mestiço é esse reivindicado pela ideologia da democracia racial ou por autores que afirmam que as políticas de ação afirmativa seriam de difícil aplicação num país de mestiços? A

¹² BUCK-MORSS. Hegel e o Haiti. In: *Critical Inquiry*, vol.26, N° 4 (Verão de 2000), publicada pela University of Chicago Press, pp. 821-865.

noção de mestiço poderia existir sem que se fizesse um apelo à categoria indivíduo/sujeito e às categorias raciais?

Ao se referir aos capítulos anteriores, ele refaz a pergunta inicial: Seria possível pensar o pluralismo e a Constituição em sociedades periféricas sem fazer apelo às teses sobre uma essência constitucional mestiça (quer seja da nação, dos indivíduos ou do povo), anterior à Constituição Política, e que fosse, ao mesmo tempo capaz de articular o tema da diversidade socio-racial presente na sociedade brasileira?

O eixo temático do quinto capítulo é a identidade, ou melhor, as questões diretamente relacionadas às políticas de ação afirmativa no ensino superior que, após a criação das denominadas "cotas raciais", foram suscitadas em torno dessa palavra. Pretende compreender os limites da pergunta sobre a "identidade" dos beneficiários das "cotas raciais", responder as objeções relacionadas à interferência do Estado na "identidade racial" e a suposta indeterminação dos critérios da identificação dos seus beneficiários. Todavia, ao invés de propor um retorno a uma concepção objetivista, pretensamente científica da identidade e dos critérios de seleção, busca demonstrar a necessidade de considerar a pergunta sobre os destinatários como forma de procedimentalização da liberdade e de realização das finalidades das políticas de ação afirmativa. Logo, intenta demonstrar em que medida a pergunta sobre quem são os negros das cotas raciais é, de fato, um falso problema que, dada as suas premissas, não pode ser resolvido, e, como, ao invés, pode ser resolvido a partir da consideração da particularidade das políticas de reconhecimento que dependem da participação dos envolvidos e do deslocamento da pergunta sobre a raça em direção ao racismo ou à condição de potencial vítima de discriminação.

CAPÍTULO I: PLURALISMO E POLÍTICAS DE RECONHECIMENTO - PERSPECTIVAS SOBRE O RECONHECIMENTO DE NOVOS SUJEITOS CONSTITUCIONAIS

“Em 24 de setembro de 1874, o estatuto da Associação Beneficente Socorro Mútuo dos Homens de Cor era enviado para consulta e aprovação do Conselho de Estado do Império. Tratava-se de uma entidade surgida em outubro de 1873, sediada na Ladeira do Senado n. 6A, na localidade de Paula Matos. De início, nada de extraordinário em meio às dezenas de petições e estatutos de sociedades beneficentes e de auxílio mútuo que eram submetidas ao parecer dos conselheiros, principalmente nas décadas de 1860 e 70. Em resposta, deferimentos, exigências, solicitação de esclarecimentos, retificações e indeferimentos. Era comum acusarem-se erros, equívocos ou omissões de natureza administrativa e legal na organização de tais entidades e na formulação de seus estatutos.

No estatuto da Associação Beneficente Socorro Mútuo dos Homens de Cor constata-se, entre outras coisas, que seu fim era ‘promover tudo quanto estiver ao seu alcance em favor de seus membros’. E quem eram eles? Como em quaisquer outras associações e sociedades da época, havia exigências para a admissão como sócio, além da aprovação das assembleias e diretorias. No caso em questão: ter idade mínima de 14 anos, ter ‘bom procedimento’ e

'ser livre, liberto, ou mesmo sujeito de cor preta, de um ou outro sexo'.

A resposta do Conselho foi a rejeição, num parecer final de 16 de janeiro de 1875. A principal razão do indeferimento era a existência de irregularidades na confecção do estatuto, sobretudo a falta de assinaturas dos sócios instaladores e das testemunhas. Era assim recusado o argumento de José Luiz Gomes, que, na petição, assinava por todos os requerentes. Levantava-se mesmo a hipótese de que os sócios não soubessem ler nem escrever. Como poderiam requerer uma associação e arrecadar contribuições de seus membros? Esses são os argumentos destacados como razão para o indeferimento. Porém, na parte final do parecer dos conselheiros Visconde de Souza Franco, Marquês de Sapucaí e Visconde de Bom Retiro, encontra-se o que talvez seja a principal justificativa para a rejeição do estatuto e da associação:

'Os homens de cor, livres, são no Império cidadãos que não formam classe separada, e quando escravos não têm direito a associar-se. A Sociedade especial é pois dispensável e pode trazer os inconvenientes da criação do antagonismo social e político: dispensável, porque os homens de cor devem ter e de fato têm admissão nas Associações Nacionais, como é seu direito e muito convém à harmonia e boas relações entre os brasileiros.'" (GOMES,

Flávio dos Santos. Negros e Política. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 8 e 9).

“As imagens não vêem, Engano teu, as imagens vêem com os olhos que as vêem, só agora a cegueira é para todos [...] Por que foi que cegamos, Não sei, talvez um dia se chegue a conhecer a razão. Queres que te diga o que penso, Diz, Penso que não cegamos, penso que estamos cegos, Cegos que vêem, Cegos que, vendo, não vêem.” (SARAMAGO, José. Ensaio sobre a Cegueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999).

1 Introdução

Este busca apresentar o vínculo constitutivo entre a idéia de universalidade e diferença no pensamento moderno e, a seguir, o problema da diferença no âmbito da teoria constitucional, sob a perspectiva da emergência de novos sujeitos constitucionais. Propõe demonstrar o equívoco existente em se aceitar que um ethos pré-político ou um conceito substancial de povo sirva como limite às denúncias de violação aos direitos de igualdade e liberdade. Parte da idéia de Ronald Dworkin da história constitucional como romance em cadeia, ou seja, ao reconstruir alguns dos vínculos históricos entre medo, lutas sociais pela liberdade, autoritarismo político e identidade nacional, busca apresentar elementos para reescrever a narrativa constitucional como “uma história digna de ser contada”.¹³

Nesse sentido, ele se articula com o terceiro capítulo em que se pretende recuperar a trajetória histórica da luta pela liberdade do ponto de vista das populações da diáspora negra que foram escravizadas e o modo como essa luta foi decisiva para a construção de um pensamento conservador e antidemocrático que a identificou com as imagens do medo e do terror revolucionário. Vincula-se, ainda, com o quarto capítulo, onde se aponta a presença dos ecos desse discurso do medo

¹³ Veja-se: DWORKIN, Ronald. Capítulo VII: Integridade no Direito. In: DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271-331.

da liberdade no pensamento racista e nas idéias sobre o significado do pluralismo na sociedade brasileira, apresentado nas idéias de Democracia Racial e Mestiçagem que consubstanciaram a visão da diferença nacional. Por fim, projeta o capítulo final que, do ponto de vista concreto, busca demonstrar como a reivindicação por políticas de ação afirmativa para negros no Ensino Superior não apenas não ofende nossa memória social e constitucional como, ao invés disso, atribui-lhe dignidade ao conferir às populações negras o igual respeito e consideração devidos no passado e no presente.

Na primeira parte, este primeiro capítulo defende que a idéia de uma diferença entre os bárbaros e os portadores do logos permanece no debate moderno sobre a Constituição. Em outras palavras, que a diferença atribuída aos bárbaros modernos (povos da diáspora negra e povos originários das Américas) se vincula a outra, a do desenvolvimento da dupla interpretação do vocábulo constituição: a Constituição, carta política (logos), e a Constituição, poder soberano, povo (sujeito). Isso porque os debates em torno da nossa diferença constitucional são, em grande medida, formulados em termos de perguntas, cujos pressupostos não são questionados. A Constituição (carta política) é adequada ao nosso povo, às nossas instituições, à nossa história etc.? Determinada demanda por direitos é adequada à Constituição de nosso povo? Nas respostas a essas questões, assiste-se ao retorno das imagens sobre os povos, com suas diferenças bárbaras, ou sua proximidade civilizada, que compõem os retratos dos novos mundos designados na Modernidade. Tais retratos serviram - e servem - como forma de demarcar a diferença dos modelos jurídicos "civilizados" e da possibilidade de sua adoção. Nesta tensão, situa-se a Constituição (carta política) como possibilidade aberta para o futuro e a Constituição (ethos político) como fruto do passado já dado - ou ainda, a presença do dualismo entre a esfera da regulação e a esfera da natureza, entre o jurídico e o social - sem que se considere o fato de que essa oposição resulta de discursos sobre a natureza e o social, ao invés de serem fotografias reprodutoras fiéis de uma realidade objetiva pré-constituída.

Em outras palavras, o discurso tradicional sobre a diferença constitucional brasileira e a conseqüente diferença do constitucionalismo brasileiro produziram um caráter reflexivo capaz de engendrar uma "realidade" paradoxal. Seu resultado prático é o déficit na garantia dos direitos fundamentais mediado, sobretudo, pelo

não reconhecimento das diferenças constitutivas da trajetória constitucional do país. Ao fazer o elogio ou a execração da diferença do ethos nacional, ele impede que os diferentes sujeitos coletivos tenham reconhecido seu direito à igualdade no sistema jurídico constitucional.

No problema prático que este texto analisa, a identidade dos beneficiários das políticas de ação afirmativa, um dos argumentos utilizados pelos contrários às cotas, é tributária dessa oposição, desse dualismo. Afirma-se que a proposta jurídica não está adequada, não apenas porque não está integrada ao texto, mas porque não respeita nosso ethos histórico. Tal crítica é feita ora em nome da diversidade, de nossa diferença constitutiva, ora em nome da impossibilidade de cópia jurídica de modelos estrangeiros. Em poucas palavras, o Brasil seria um país miscigenado, capaz de engendrar uma democracia racial, e as cotas raciais representariam um americanismo apressado.

Entretanto, essa oposição não empreende um retorno crítico ao problema da inclusão no texto das Constituições dos Direitos Humanos e da construção do discurso sobre essa outra Constituição (ethos político) ou sobre a idéia de povo do qual ela é tributária. Não consegue empreender uma perspectiva crítica que supere os dualismos, pois não compreende como o discurso sobre o Outro constitui o Moderno, ou seja, o modo como o Moderno foi constituído ao se opor ao Bárbaro e o que essa oposição recalcou na sua auto-compreensão. De igual modo, não compreende como este Outro negado pode se inserir no plano normativo como cidadão.

Há, sem dúvida, um ponto importante no debate sobre a presença do argumento da diferença “constitucional” brasileira: ela é um problema persistente em termos históricos. Todavia, apesar da hegemonia de um discurso sobre nossa diferença “constitucional” somente na Constituinte de 1988, quando as teses que retrataram essa diferença foram postas à prova – com a crise da idéia de um país paradisíaco sem violência - é que o texto constitucional incorporou elementos que estavam alheios às perspectivas tradicionais do constitucionalismo europeu ou americano, tais como o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas ou por remanescentes de quilombos.

De fato, o paradoxo poderia ser percebido a partir da experiência brasileira do seguinte modo: sob a hegemonia de uma ideologia de nossa diferença

“constitucional” (do país miscigenado, da democracia racial, da história sem revoluções, do povo cordial etc), os textos das constituições são alheios a representações de diferenças, sobretudo às culturais, porém, na medida em que se percebe a crise dessa ideologia e são criados canais de participação num modelo de democracia procedimental, o que historicamente coincide com a participação popular na Constituinte de 1988, as representações sobre as diferenças brasileiras são incluídas no texto. Portanto, no momento em que a ideologia da diferença nacional entra em crise, o texto da constituição brasileira distancia-se da cópia ou da glosa das constituições européias e americana, e faz referência à pluralidade de seu povo.

Enfim, este primeiro capítulo, de um lado, investiga os sentidos atribuídos à idéia de pluralismo. Não pretende nem o elogio nem o rechaço da diferença, mas demarcar, inicialmente, do ponto de vista teórico, como a diferença pode ser compreendida como resultante da tensão constitutiva dos princípios da liberdade e da igualdade na trajetória do constitucionalismo. Em outras palavras, como ela é constitutiva do constitucionalismo em sua constituição, na criação e desenvolvimento de direitos fundamentais e não apenas uma realidade morta sobre a qual a normatividade apenas faz referência.

2 Reconstrução Histórica da Constituição da Diferença?

Quando inicia o discurso sobre nossa diferença? Da universalidade diante de uma diferença? Esta é uma pergunta de resposta improvável. Porém, Martin Heidegger¹⁴, ao tratar do significado do humanismo, afirma que, no pensamento

¹⁴ Conforme o autor: “É ao tempo da República Romana que, pela primeira vez, e expressamente com seu nome próprio, se pensa e aspira a *humanitas*. O *homo humanus* se opõe ao *homo barbarus*. O *homo humanus* é aqui o romano que exalta e enobrece a *virtus* romana, pela ‘incorporação’ da *paidéia* tomada dos gregos. Os gregos são os gregos do Helenismo, cuja formação se fizera nas escolas filosóficas. Ela se refere à *eruditio et institutio in bonas artes*. A *Paidéia* assim entendida se traduz por *humanitas*. A *romanitas* propriamente dita do *homo romanus* consiste nessa *humanitas*. É em Roma que encontramos o primeiro humanismo. Em sua Essência, portanto, o humanismo permanece um fenômeno especificamente romano, que nasce do encontro da romanidade com a cultura do helenismo. A chamada Renascença dos séculos XIV e XV na Itália é uma *renascentia romanitatis*. Porque o que interessa é a *romanitas*, trata-se da *humanitas* e, por tanto, da *Paidéia* grega. Mas o grego aqui é sempre o grego em sua forma posterior e esta ainda assim à romana. Também o *homo romanus* da Renascença está numa oposição ao *homo barbarus*. Todavia, o in-umano é agora o pretense barbarismo da escolástica gótica da Idade Média. Por isso, ao humanismo, entendido historicamente, sempre pertence um *stadium humanitas* que, num certo e determinado modo, retoma a antiguidade e assim se torna cada vez mais um reviver da Grécia. (...)”

ocidental, ele esteve vinculado à constituição de uma noção de alteridade negativa desde a República Romana quando se opõe o homo humanus ao homo barbarus. “O homo humanus é aqui o romano que exalta e enobrece a virtus romana, pela incorporação da paidéia tomada dos gregos”. Por sua vez, segundo Leopoldo Zea, bárbaro é “palavra onomatopaica que o latim traduz como balbus, isto é, o que balbucia, tartamutei: Bar-ba.”¹⁵ Para o grego será o homem rude, o não-grego, o estrangeiro, fora do mundo, aquele que não pode dizer, qualificar o mundo, sem balbuciar, falar mal o grego, pouco interessando se esse outro falava bem outra linguagem.¹⁶ Assim:

“(…) o grego dava a qualificação, a partir de sua própria linguagem e do mundo ao qual aquela linguagem dava sentido. É óbvio que, para o bárbaro, o grego, ao expressar-se em outra linguagem que não era a dele, barbarizava, balbuciava, falava igualmente mal. Mas não é isto o que interessa ao homem que faz a história e ao grego que a relata; de acordo com isto, o não-grego balbucia o grego, porém não se importa da maneira como se expressa na sua própria linguagem. O logos grego - como em outras expressões do mesmo, ao longo de uma história que continuará em Roma, Europa e o mundo ocidental -, será um logos predominante e, portanto, dominante. Qualquer outro logos, fala ou expressão, terá de se justificar ante o logo por excelência. Logos que implica o sentido do mundo do qual ele mesmo é expressão: a cultura, o modo de ser e a concepção do seu próprio mundo. Será este logos o paradigma para qualificar qualquer outro logos, qualquer outra cultura, modo de ser ou concepção do mundo. O paradigma do que está fora, à margem. Na Grécia, isto é visto como simples doxa, opinião, modo accidental de ser, falta de consistência; aquilo de que nem mesmo se pode falar, tal e como o sustentariam os filósofos gregos desde Heráclito e Parmênides até Platão e Aristóteles. O logos é também centro ordenador, legislador ou condutor, que sabe sobre o princípio e essência de todas as coisas e, portanto, sabe de sua condução

Por mais diversas que sejam, segundo suas finalidades e seus fundamentos, quanto aos modos e meios de suas realizações específicas e consoante a forma de suas doutrinas, essas espécies de humanismo, na realidade, coincidem no fato de todas elas determinarem a *humanitas* do *homo humanus* a partir de uma interpretação já assente da natureza, da história, do mundo, do fundamento do mundo, isto é, a partir de uma interpretação já assente do ente em sua totalidade.” HEIDEGGER, Martin. Sobre o Humanismo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p. 35-37.

¹⁵ ZEA, Leopoldo. Discurso desde a Marginalização e a Barbárie; seguido de, A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 58.

¹⁶ ZEA, Leopoldo. Discurso desde a Marginalização e a Barbárie; seguido de, A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 57-58.

ou mando.(...) O logos grego e suas expressões ao longo da história – os quais originaram o homem que os utiliza — darão razão e sentido a tudo quanto o rodeia, a tudo aquilo com o que se encontre. O logos impondo-se à barbárie; a civitas, como civilização, à barbárie; a civilização à selvageria, a civilização dos modernos à barbárie que se apresentará como opção inevitável a povos, como os latino-americanos e de outras regiões da Terra (...)"¹⁷

Nessa tradição ocidental, a diferença insere-se na fronteira da incompreensão do Outro, o estranho à linguagem - o que expressa a inserção de um sujeito numa cultura e na expulsão de outro - e no reconhecimento de um espaço de domínio e a ampliação de um espaço a ser dominado. O Outro, o diferente, não domina o logos. No mesmo passo, sua incapacidade pressuposta faz dele um dominado pelo logos.

O logos, continua Leopoldo Zea, tem, desde sua origem grega, o duplo significado: "o de razão e o de palavra". Fora do logos não haveria sentido, estaria o ambíguo e o indefinido, e era por meio dele que se poderia produzir a comunicação do sentido.¹⁸ O Outro não era apenas o incompreendido, mas aquele cuja apresentação de um universo de proposições não seria capaz de produzir uma definição precisa, ao passo que o sujeito racional seria o portador de uma suposta qualidade de compreender a si mesmo e, ao desconhecer, compreender o Outro.¹⁹

Na esteira da interpretação dada por Heidegger, por sua vez, desde o primeiro humanismo, o homem é considerado como animal rationale, o que permitirá duplicar a diferença entre o humano e o bárbaro em outra diferença "aquela que indica a distinção entre sujeito (homem racional) e objeto (diferença observável)".²⁰

¹⁷ ZEA, Leopoldo. Discurso desde a Marginalização e a Barbárie; seguido de, A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 58-59.

¹⁸ Como explica o autor: "Razoar é tomar consciência do externo que há de ser submetido às categorias de compreensão internas, à razão. Isto é, para saber o que é aquilo que está fora e é ignorado será necessário familiarizá-lo com o já conhecido. Isto era para os gregos a definição, precisar o que se conhece a partir do conhecido; precisá-lo clara e distintamente sem confundir uma coisa com outra; saber a relação que a coisa por conhecer tem com as coisas já conhecidas. Definir é, também, saber a palavra precisa que permita delimitar o conhecido em relação com as outras coisas igualmente conhecidas. Tal era para o grego o logos e sua função. Fora do logos, capaz de definir o que se conhecia, só existia o nada, aquilo sobre o que não se podia falar; porque, como diria Parmênides, quando se possa falar dele converte-se em racional, lógico. Fora da razão está o indefinível, o inefável, o ambíguo e por isto alheio à razão. O logos é, também, palavra, capacidade de poder comunicar a outro o conhecido e definido. Razão clara e palavra clara não induzem ao erro: precisamente o oposto da barbárie, que não é falar mas balbuciar de forma confusa, torpe e indefinida." ZEA, Leopoldo. Discurso desde a Marginalização e a Barbárie; seguido de, A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 58-59.

¹⁹ ZEA, Leopoldo. Discurso desde a Marginalização e a Barbárie; seguido de, A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 58-59.

²⁰ HEIDEGGER, Martin. Sobre o Humanismo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p. 38.

Portanto, a estrutura da tradição ocidental permite falar de um sujeito que compreende a si mesmo e opera sobre algo, seu devir e, ao mesmo tempo, daquele que é o objeto de uma investigação, o objeto-sujeito da compreensão científica. Este está para o bárbaro (objeto, mudo), como aquele está para o humano (sujeito, falante).

Enfim, se fosse possível levar a sério, do ponto de vista histórico, a pergunta sobre quando inicia o discurso sobre a nossa diferença, ter-se-ia que a buscar na própria insuficiência da racionalidade ocidental em compreender a si mesma e ao Outro e no potencial de domínio dessa racionalidade. A história da constituição de uma identidade latino-americana, brasileira, local, é a história das relações que nos definiram ao longo da tradução ocidental de nossa existência. Isso porque as fronteiras produtoras da barbárie se deslocaram no decorrer da história. "Homens e mundo bárbaros, qualificador, o grego, o romano e depois o europeu, até culminar no homem e no mundo ocidentais." Esses deslocamentos não apenas indicaram grandes regiões como a oposição europeu versus não-europeu, como também foram encadeadas em escalas internas como os bárbaros europeus, das fronteiras asiáticas ou da Ibéria.²¹

Entretanto, foi na história recente do mundo ocidental que os modernos expandiram as demarcações da barbárie.²² Isso não significa dizer que a Modernidade seja um conceito unívoco ou uma única fronteira. Não por acaso, a Modernidade é múltipla e auto-referencial, com diferentes inflexões em suas fronteiras.²³

Na Modernidade, a definição do sujeito como racional funda uma história voltada para o futuro, mas ao mesmo tempo enclausura um passado e vários presentes nas diferenças, delimitando as fronteiras de incompreensão que, malgrado a tentativa de sublimação, não cessam de retornar como pergunta. Até que ponto o universal de uma tradição que se pretende universal é uma perpetuação de algo em si, tal qual força imanente e auto-constitutiva, ou até que ponto ele é a projeção daquilo que, por pretender desconhecer e dominar, se desconhece e se auto-censura? .

²¹ ZEA, Leopoldo. Discurso desde a Marginalização e a Barbárie; seguido de, A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 57.

²² ZEA, Leopoldo. Discurso desde a Marginalização e a Barbárie; seguido de, A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 57.

²³ NOUSS, Alexis. Que sé? La Modernidad. México: Publicaciones Cruz, 1997.

Todavia, por hora interessa apenas destacar, em primeiro lugar, a crítica da racionalidade ocidental feita a partir de uma das suas margens, a latino-americana, como a enuncia Enrique Dussel e para quem a chegada dos europeus às Américas representa o marco do início da Modernidade e da ambigüidade conceitual que este termo possui. Em outras palavras, interessa somente esclarecer que discurso sobre a diferença abre a trilha para a entrada dessa região numa história universal contada a partir da percepção dos habitantes da tradição européia - esse local (parcial), mas universalizado que se constitui nesse momento histórico.

Nesse sentido, segundo Tzvetan Todorov, a descoberta da América foi a descoberta mais surpreendente da nossa história, quando “Os homens descobriram a totalidade da qual fazem parte. Até então, formavam uma parte sem todo.”²⁴ Porém, ela foi uma experiência única pelo “sentimento radical de estranheza”, da experiência humana da alteridade. Ela “anuncia e funda nossa identidade presente.”²⁵ ²⁶ Para Enrique Dussel, a Modernidade em seu conteúdo positivo seria a “emancipação racional”, ou seja, “a emancipação como ‘saída’ da imaturidade através de um esforço da razão como processo crítico, que abre a Humanidade a um novo desenvolvimento histórico do ser humano.” Todavia, ela está marcada, daquele ponto de vista, de um conteúdo “secundário, negativo e mítico”, como justificação de uma práxis irracional de violência.²⁷ O mito em questão poderia ser descrito da seguinte forma:

“a) a civilização moderna se autocompreende como mais desenvolvida, superior (o que significará sustentar sem a consciência uma posição ideologicamente eurocêntrica); b) A superioridade obriga, como exigência moral, a desenvolver os mais primitivos, rudes, bárbaros; c) O caminho do referido processo educativo de desenvolvimento será o seguido pela Europa (é, de fato, um desenvolvimento unilinear e à européia, o que determina, novamente sem consciência alguma, a ‘falácia desenvolvimentista’); d) Como o bárbaro se opõe ao processo civilizador, a práxis moderna deve exercer em último caso a violência, se

²⁴ TODOROV, Tzvetan. *A Conquista da América*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 7.

²⁵ TODOROV, Tzvetan. *A Conquista da América*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 7.

²⁶ Desde já convém ressaltar que a África não aparece expressamente neste momento devido a duas razões. A primeira, injustificável, de deficiência de formação num sentido amplo, tanto pessoal quanto de instituições que permitam acesso a esse conhecimento. A segunda é o fato de que a África aqui visada é a África Diaspórica, origem das primeiras e mais importantes gerações de trabalhadores modernos, comunidades e culturas, em transição e insurgentes.

²⁷ DUSSEL, Enrique D. *1492, O Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

for necessário, para destruir os obstáculos de tal modernização (a guerra justa colonial); e) Esta dominação produz vítimas (de muitas variadas maneiras), violência que é interpretada como um ato inevitável, e com o sentido quase ritual de sacrifício; o herói civilizador investe suas próprias vítimas do caráter de ser holocaustos de um sacrifício salvador (do colonizado, escravo africano, da mulher, da destruição ecológica da terra, etc.); f) Para o moderno, o bárbaro tem uma 'culpa' (o fato de se opor ao processo civilizador) que permite que a 'modernidade' se apresente não só como inocente mas também como 'emancipadora' dessa 'culpa' de suas próprias vítimas. g) Por último, e pelo caráter 'civilizatório' da 'modernidade', são interpretados como inevitáveis os sofrimentos ou sacrifícios (os custos) da 'modernização' dos outros povos 'atrasados' (imaturos), das outras raças escravizáveis, do outro sexo por ser fraco, etc."²⁸

A construção desse mito da Modernidade vincula-se, substancialmente, às percepções da diferença, e, segundo Enrique Dussel, pode ser compreendida a partir de "figuras históricas", representativas de diferentes "experiências existenciais" nascidas naquele processo histórico ("a invenção, o descobrimento, a conquista e a colonização do mundo da vida, a conquista espiritual e o encontro de dois mundos").

A "invenção" é representada pelo modo como os primeiros navegadores europeus viram na América e em seus habitantes não um mundo novo, mas algo que já existiria; "constatavam" na América a existência da Ásia. Esse "ser-asiático" só viveu no imaginário, na fantasia estética e contemplativa dos grandes navegantes do Mediterrâneo. Deste modo, o Outro "desapareceu". O "índio" americano não foi descoberto como Outro, mas como o "si mesmo" já conhecido (o asiático) e só reconhecido (negado então como Outro): "en-coberto".²⁹ "O descobrimento" do "novo mundo" é, sobretudo, um acontecimento estético, uma experiência explorativa, quase científica de pessoa-pessoa em que a própria existência do novo, do Outro exige que a representação anterior seja rompida. Assim, ao "descobrir" mais uma parte da Terra, a Europa reinterpreta sua própria história e nessa construção passa a ver-se como o centro do "Acontecer geral humano", por isso desenvolve seu horizonte "particular" como horizonte "universal geral". Novamente, o Outro é

²⁸ DUSSEL, Enrique D. 1492. O Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993, p.185-186.

²⁹ DUSSEL, Enrique D. 1492. O Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993, p.32.

encoberto, pois será o "si-mesmo", a matéria bruta a ser conquistada, colonizada, civilizada."³⁰

"A Conquista", a terceira figura, é uma relação prática, política e militar, não de reconhecimento e inspeção de novos territórios, mas da dominação das pessoas, dos povos e dos "índios". É o momento em que a "theoria" se converte em "praxis" de dominação. O conquistador europeu será, portanto, o "primeiro homem moderno", que impõe sua "individualidade" violenta a outras pessoas, ao Outro. Sua primeira relação com este será uma relação de violência de "conquistador-conquistado", de uma tecnologia militar desenvolvida com outra subdesenvolvida. Com a Conquista, o Outro, em sua distinção, é negado como Outro e é sujeitado, subsumido, alienado a se incorporar à Totalidade dominadora como coisa, como instrumento, oprimido, "encomendado", "assalariado" ou como africano escravo (nos engenhos de açúcar ou outros produtos tropicais).³¹ À "Conquista" violenta dos corpos, à sujeição militar do Outro, segue "a colonização do mundo da vida". Este processo foi o primeiro processo "europeu" de modernização", de "subsumir" (ou de alienar) o Outro como "si mesmo", mas não mais como objeto de uma práxis guerreira, de violência pura e sim (...) "de uma prática erótica, pedagógica, cultural, política, econômica, quer dizer, do domínio dos corpos pelo machismo sexual, da cultura, de tipos de trabalhos, de instituições criadas por uma nova burocracia política etc., dominação do Outro."³²

A quinta e a sexta "figuras" propostas, respectivamente "a conquista espiritual" e "o encontro de dois mundos", completam o círculo de dominações a que foram sujeitos os povos não europeus. Em primeiro lugar, a sacralização do processo de Conquista ou a conquista do próprio imaginário do indígena. Deus passa a ser a justificação de uma ação pretensamente secularizada da modernidade e o senso comum europeu o parâmetro para se julgar "a racionalidade" dos povos não-europeus. Assim, conforme Enrique Dussel, depois de conquistado o espaço (como geografia), e "conquistados" os corpos (como geopolítica), era necessário

³⁰ DUSSEL, Enrique D. 1492, O Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993, p.33-36.

³¹ DUSSEL, Enrique D. 1492, o Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993, p.42-44, 47.

³² DUSSEL, Enrique D. 1492, O Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993, p.50.

controlar o imaginário a partir de uma compreensão do mundo da vida.³³ Em segundo lugar, em continuação da figura anterior, as classes dominantes tentaram substituir a vivência histórica da conquista por um mito, “O encontro de dois mundos”, ou seja, “o do novo mundo como uma cultura construída a partir da harmoniosa unidade de dois mundos e culturas: europeu e indígena.”³⁴

Se o mito moderno constitui-se a Modernidade, Colombo sintetiza a figura do primeiro moderno. A propósito escreveu Tzvetan Todorov que: “Colombo fala dos homens que vê unicamente porque estes, afinal, também fazem parte da paisagem.” Qual o desafio a ser vencido? Novamente Todorov apresenta no personagem de Colombo os dois extremos de uma mesma moeda comum nos discursos sobre a alteridade, o assimilacionismo e o diferencialismo:

“A atitude de Colombo para com os índios decorre da percepção que tem deles. Podemos distinguir (...) dois componentes, que continuarão presentes até o século seguinte e, praticamente, até nossos dias, em todo colonizador diante do colonizado. (...) Ou ele pensa que os índios (...) são seres completamente humanos com os mesmo direitos que ele, e aí considera-os não somente iguais, mas idênticos, e este comportamento desemboca no assimilacionismo, na projeção de seus próprios valores sobre os outros, ou então parte da diferença, que é imediatamente traduzida em termos de superioridade e inferioridade (...): recusa a existência de uma substância humana realmente outra, que não possa não ser meramente um estado imperfeito de si mesmo. Estas duas figuras básicas da experiência da alteridade baseiam-se no egocentrismo, na identificação de seus próprios valores com os valores em geral, de seu eu com o universo; na convicção que o mundo é um.”³⁵

Onde se situam os negros (afro-descendentes) nesse contexto do mito moderno: em sentido negativo, como propõe Eliete dos Santos Teixeira Scaramal, em seu estudo sobre o Haiti, eles são identificados com Phóbos, Caos e Khan, em “sentido positivo”, como se debate no segundo capítulo, com o desaparecimento (passado, dissipação, arianização) e a natureza (paisagem, forças irracionais). Assim, os lugares onde os negros se concentram são definidos como a negação

³³ DUSSEL, Enrique D. 1492. O Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993, p.59.

³⁴ DUSSEL, Enrique D. 1492. O Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993, p.64.

³⁵ TODOROV, Tzvetan. A Conquista da América. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 58-59.

extrema da Modernidade. Desse modo, a expressão concreta dessa negação é projetada nesta ilha:

“O Haiti é a ilha do medo, a morada de Phóbos (Foboj) e o locus privilegiado de sua disseminação. Esse mórbido filho de Ares é o signo que rege o Haiti desde que essa região se fez conhecida do Velho Mundo. Conceituado pelos europeus como o espaço de canibais pré-colombianos, mescla-se aos sortilégios africanos a partir do tráfico negreiro e alcança, ao final do século XX, a expressão contemporânea de excessos despotismo e caos.”³⁶

Por sua vez:

“Questionados em sua dimensão ontológica e essencializados como súditos de Khan, aos negros foi negada a possibilidade de terem razão. E em um reino formado por homens sem razão, não há ordem possível. É o reino do caos. Daí a justificativa – por parte dos colonizadores europeus – dos imponderáveis ajustamentos metódicos, racionais e ordenados que abonarão o escravismo colonial.”³⁷

Enfim, a Modernidade tentou separar-se dos tempos bárbaros e dos bárbaros de seu tempo, e enclausurou as diferenças em diferentes modos de perceber, constituir e dominar. Porém, não há o domínio apenas no ato de violência física do passado, mas na clausura da memória coletiva a este ato de violência, e esta clausura não se apóia apenas na imagem da Modernidade universal (local universalizado), mas também na construção de discursos sobre a diferença constitutiva do “Outro”. Discursos que não são apenas dos europeus, mas do próprio colonizado na medida em que a Modernidade é domínio sobre o imaginário, a constituição de uma auto-percepção como “Outro” e uma narrativa do encontro desse “Outro” com um suposto universal.

Entretanto, a crítica da falta de “originalidade” européia ou ocidental, da insuficiência substancial intrínseca desse suposto lugar não pode ser ocupada pela comemoração ou pela redenção escatológica de um mundo “original”, e perdido, que voltará. As tentativas desse gênero não são novas na literatura latino-americana e brasileira, como se verá no terceiro capítulo. Há algo certo na experiência humana

³⁶ SCARAMAL, Eliesse dos Santos Teixeira. Haiti fenomenologia de uma barbárie. Cànone Editorial, 2006, p. 11.

³⁷ SCARAMAL, Eliesse dos Santos Teixeira. Haiti fenomenologia de uma barbárie. Cànone Editorial, 2006, p. 12.

dos Modernos, a finitude, quer como impossibilidade de um retorno quer como incerteza sobre o devir. É neste contexto que a possibilidade da diferença e da universalidade deve ser pensada.

Se na dobra da construção dessa história, ou de como podemos hoje ver essa história, estão a razão em sua acepção metafísica (o domínio sobre o homem e as coisas) e a memória comemorativa (como redenção da tradição estilhaçada), também está a palavra como possibilidade de diálogo, não como diálogo realizado, mas como possibilidade, parcial e incerta. O logos, traduzido como característica do poder imanente ao sujeito, de nominar e compreender o mundo, excluiu dessa qualidade o Outro (“bárbaro”) e, sobretudo, ao não compreender o caráter dialógico do logos, como discurso que está para além do sujeito, excluiu também o bárbaro como constitutivo de todo o dizer. Neste caso, excluiu a possibilidade de compreender que na tentativa de toda exclusão se opera uma inclusão. Não se trata do retorno do terceiro, recalcado, excluído, mas da presença do recalque naquele que exclui. Neste sentido, todo o dizer moderno é um negar, não apenas do Outro, mas a si mesmo. Ao atribuir ao Outro, exclui uma parte de si, principalmente aquela parte que compõe a relação que o define com o Outro. Assim, por exemplo, atribuir ao Outro a violência, exclui a violência que define sua relação com o outro, e por conseqüência desenvolve novas formas de violência, fundadas em sua “bondade”.

A universalidade aqui pensada é a possibilidade de, ao atribuir ao Outro, igual respeito e consideração, atribuir a si mesmo tal respeito. Não se trata de ver no Outro o meio para uma possibilidade a mais de auto-compreensão e poder, mas de reconhecimento em si mesmo da finitude, incompletude e incerteza. Qual universalidade? Qual diferença? A universalidade do logos que emancipa é daquele que se sabe precário, em que o des-cobrimto do Outro é uma reconstrução, por meio do discurso, de si e do Outro. Antes de ser o reconhecimento de uma diferença substancial de essências e lugares é o reconhecimento desse lugar em que toda a diferença é absoluta e relativa, e por tal razão precisa ser mediada pelo diálogo.

Na experiência da Modernidade em sua forma histórica acima destacada – e, conseqüentemente, no espaço discursivo e histórico de onde se projeta o presente texto, trata-se de destacar uma ausência constitutiva, pois, conforme demarca Todorov, o colonialismo e o escravismo se opõem “ao mesmo tempo, a uma outra forma positiva ou neutra, do contato com outrem, o que chamarei simplesmente

comunicação. À tríade compreender / tomar / destruir corresponde esta outra, em ordem inversa: escravismo / colonialismo/ comunicação.”³⁸

De forma mais concreta Bartolomeu de Las Casas, na leitura que Ihe fez Todorov, enunciou o princípio dessa universalidade e, portanto, da particularidade, que denuncia a relatividade da barbárie. Em determinado momento de sua obra, ao constatar que as experiências religiosas indígenas ou a cristã representavam apenas uma entre tantas possibilidades, alcança a compreensão de que “a igualdade não pode ser estabelecida à custa da identidade” (da repetição do mesmo). Logo, se um homem pode ser considerado bárbaro quando comparado a outro, este será bárbaro em relação aquele e vice-versa, o que propõe um paradoxo constitutivo, mas não insolúvel da definição de barbárie.³⁹ Bárbaro é quem não faz uso do logos para vencer nos limites do estranhamento ou que busca suprimir no Outro essa possibilidade. Essa alteridade pode, com menos problemas, ocupar o lugar de uma universalidade que pressupõe a unidade e a repetição.

De qualquer modo, agora apenas interessa recuperar a idéia de como a diferença, excluída pelo logos, mas que pode ser incluída, sempre de forma parcial, permanece no debate moderno sobre a Constituição. Em outras palavras, do modo como essa diferença se vincula a outra, a do desenvolvimento da dupla interpretação do vocábulo constituição: a constituição, carta política (logos), e a constituição, poder soberano, povo (sujeito). De forma simples, para não se retornar aos lugares já conhecidos de exclusão dos modernos, há de se admitir que este sujeito, menos do que o homem do humanismo ou o homem racional, não pode ser a comunidade personificada na vontade única, ele é apenas um lugar, como se dirá adiante, vazio. Não apenas porque não pode ser preenchido com novas ilusões constitucionais, mas porque não deve ser preenchido, sem se pagar um alto custo pela violência desse comportamento.

Os debates em torno da nossa diferença constitucional são, em grande medida, formulados em termos de perguntas, cujos pressupostos não são questionados. A principal delas: “A Constituição (carta política) é adequada ao nosso

³⁸ TODOROV, Tzevetan. A Conquista da América. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 259-260.

³⁹ TODOROV, Tzevetan. A Conquista da América. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 277.

povo, as nossas instituições, a nossa história etc.?”⁴⁰ O pressuposto dessa questão vincula-se à produção da diferença moderna em seu sentido negativo. São os povos, com suas diferenças bárbaras ou sua proximidade civilizada, que compõem os retratos dos novos mundos designados na modernidade. Tais retratos sobre os povos são também formas de demarcar a diferença dos modelos jurídicos “civilizados” e da possibilidade de sua adoção. Nesta tensão está a constituição (carta política) como possibilidade aberta para o futuro e a constituição como fruto do passado já dado. Ou ainda, o dualismo entre esfera da regulação e esfera da natureza, e entre jurídico e social.

Entretanto, ela se reflete em questões menores como a especificidade do problema considerado neste texto. Diversos argumentos dos contra cotas são tributários dessa oposição, desse dualismo. Afirmam que a proposta jurídica de cotas não está adequada, não porque não esteja integrada ao texto constitucional, mas porque não respeita nosso ethos histórico. Porém, não deixa de ser importante que essa oposição seja feita em nome da diversidade, nossa diferença constitutiva.

Certamente, a posição contrária às cotas não empreende um retorno crítico ao problema da inclusão no texto das Constituições (cartas políticas) dos direitos, e da construção do discurso sobre a diferença dessa outra Constituição. Muito menos ainda, consegue empreender uma perspectiva crítica que supere os dualismos, pois não compreende como o discurso sobre o Outro constitui o Moderno, ou seja, o modo como o Moderno foi constituído ao se opor ao Bárbaro e o que essa oposição recalca na sua auto-compreensão.

O recurso à adjetivação do Outro integra a oposição dos contrários às cotas num sentido complementar; o discurso a favor das cotas raciais é estrangeiro. Embora sempre seja difícil identificar em relação a que ele seria alienígena, a oposição parece se referir a nossa constituição (sujeito) na qual deveria se apoiar a interpretação de nossa constituição (carta política). O argumento, absurdo diante do mero cotejo superficial da historiografia que trata sobre a origem das instituições nacionais, é ainda mais interessante. Ele revela que o uso da distinção entre formas de regulação social dos habitantes fora da Europa e aquelas presentes na Europa, ou ainda, o estabelecimento de uma correspondência entre identidade e local, em

⁴⁰ Esse é essencialmente o problema da tradição autoritária que remonta, como se verá nos capítulos seguintes, a Oliveira Vianna e está vinculada à mesma tradição que vê no país um laboratório racial onde se realiza a miscigenação em direção ao embranquecimento.

que a forma e o conteúdo do direito transformaram-se num lugar comum pouco contestado.

Ora, na Modernidade, a condição para a constituição dos modernos, a razão, foi o que se negou nos retratos dos povos do resto do mundo. O “Outro” foi inserido, quer sob formas positivas, e mais comumente negativas, no espaço externo à razão. Se há algo em comum nas representações do “Outro” não europeu desde a Modernidade é o espaço que ele deve ocupar: o espaço da natureza. Obviamente não se pode olvidar que o espaço da natureza foi definido, sobretudo, como o espaço da intervenção, do domínio da técnica, assim como, das hierarquias ou formas que não poderiam ser vencidas e, ainda, das forças incontroláveis (dos riscos, das catástrofes e do medo). No pensamento racista, esse foi o lugar reservado aos negros e aos indígenas.

Entretanto, a partir dessa constatação, intenta-se discutir nos capítulos seguintes como foram elaboradas perspectivas que apreenderam a participação dos bárbaros nos processos de transformação social e política que conduziram a criação do Direito Constitucional. Esse caminho segue um segundo elemento do discurso de oposição às cotas, a erupção do medo. Medo da dilaceração da constituição social e medo do futuro constitucional, medo da impossibilidade de conter os efeitos negativos imprevistos das políticas públicas. Sugere-se que esse medo não é, de fato, novidade.

Ao que parece, o medo é um elemento constitutivo dos modernos. Ao negar ao outro o logos, e negar a si mesmo o diálogo, o outro somente pode surgir como aquele que impõe, ou é, uma diferença ameaçadora. Sociedades compostas por classes ou grupos sociais em que as formas de comunicação são corrompidas por relações de poder cada vez mais hierarquizadas, ou em que elas ainda não foram criadas, experimentam o medo como um elemento estruturador de suas relações. Mesmo que não se afirme ser o medo a causa das exclusões operadas na Modernidade, é possível sugerir que ele parece compor o cerne das identidades modernas arremessadas diante de um futuro incerto e de um mundo desconhecido, o mundo essencialmente moderno. É neste mundo, onde as desigualdades e iniquidades podem vir à consciência dos sujeitos como fatos não naturais, que o preconceito precisa ser institucionalizado e trabalhado, até mesmo em termos de rigor científico. O preconceito em relação a grupos humanos - e o medo que o

acompanha - não pode ser tomado como fato natural estruturante de todas as sociedades humanas, pois é característico de sociedades fundadas na desigualdade.⁴¹

De qualquer modo, interessa preparar nessa etapa inicial, os capítulos seguintes, em particular o terceiro que, de modo mais detalhado, propõe compreender como o uso da noção de miscigenação racial foi, para os países latino-americanos, em especial para o Brasil, a solução do problema constitucional, em seu duplo sentido. Serviu para articular um primeiro afastamento da teoria constitucional republicana e para naturalizar a não-cidadania para os descendentes dos povos não-europeus, os novos bárbaros.⁴² Essas duas soluções foram mediadas sobre um imaginário do medo sobre nosso pluralismo constitucional, quer como agrupamento humano (fruto do encontro e do desencontro de projetos civilizatórios distintos) quer como projeto jurídico-político (permeado por novos sujeitos e direitos constitucionais), sendo incapazes de permitir a articulação de mecanismos institucionais para dar vazão a formas plurais de criação de direitos. Isso pode ser sugerido pelo cotejo de alguns autores que compuseram imagens sobre a nossa natureza constitucional, negando a existência de uma sociedade pluralista e conflituosa.

Esse ir e vir de comparações permite compreender por que as teorias sobre a miscigenação são reatualizadas no seio do atual debate sobre cotas raciais e serve para argumentar que essa reatualização, e a importância que a ela se pretende atribuir, situam-se na contramão de várias tendências do desenvolvimento da própria modernidade europeia ou americana. De fato, opções teóricas por uma diferença constitucional devem ser rechaçadas porque se mostram inaptas para superar os limites das tradições que negam a erupção do pluralismo político e social; uma vez que apenas reatualizam o mito da modernidade. Em caminho inverso, as demandas por cotas raciais inserem-se na necessária construção do Pluralismo como princípio constitucional e realizam, em seus limites, o potencial emancipador dos modernos,

⁴¹ O argumento de que “não é o grupo enquanto tal a fonte do preconceito” é desenvolvido na obra: HELLER, Agnes. O Cotidiano e a História. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 54-56. Já o argumento de que a insegurança ontológica vivida no presente é a fonte de comunidades forjadas na experiência da exclusão é desenvolvido em: BAUMAN, Zygmunt. Comunidade, a busca da segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. Por fim, o de que a sociedade moderna possui, por conta da institucionalização da técnica e da ciência, uma consciência e uma tensão cada vez mais complexa diante dos riscos é examinado por: GIDDENS, Anthony. As Consequências da Modernidade. São Paulo: UNESP, 1991.

⁴² TODOROV, Tzvetan. A Conquista da América. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

revisitando os limites de uma universalidade que particulariza o Outro e de uma particularidade que permite a compreensão de problemas comuns de uma tradição.

3 O Pluralismo Constitucional e o Lugar das Diferenças.

Há, sem dúvida, um ponto importante no debate sobre a presença do argumento da diferença “constitucional” brasileira: ela é um problema persistente em termos históricos. Como se verá no capítulo terceiro, encontrou em Oliveira Vianna sua concepção mais persistente quanto à disincronia entre forma/matéria constitucional e realidade nacional e, nas leituras de Gilberto Freyre, quanto ao ethos do povo.⁴³

Entretanto, apesar da hegemonia de um discurso sobre a diferença “constitucional”, sobretudo da diferença quanto ao ethos, somente na Constituinte de 1988, quando as teses que retrataram essa diferença foram postas à prova é que o texto constitucional incorporou elementos que estavam alheios às perspectivas tradicionais do constitucionalismo europeu ou americano. O paradoxo nessa situação poderia ser percebido a partir da nossa experiência constitucional do seguinte modo: sob a hegemonia de uma ideologia de nossa diferença “constitucional”, os textos das constituições são alheios a representações de diferenças, máxime as culturais e as referentes às populações indígenas e aos povos da diáspora negra. Porém, na medida em que se percebe a crise dessa ideologia e são criados canais de participação num modelo de democracia procedimental - o que historicamente coincide com a participação popular na Constituinte de 1988 - as representações sobre as diferenças brasileiras são incluídas no texto. Em outras palavras, há uma coincidência entre a crise da ideologia da diferença nacional - defendida nos períodos autoritários de nossa trajetória política -, o influxo de uma ampla coalizão em defesa do valor das instituições democráticas e dos direitos fundamentais, e o distanciamento do texto da constituição brasileira da cópia ou da glosa das constituições européias e americana. O texto de 1988, pela primeira vez na história, fez referência à pluralidade de seu povo, justamente quando a idéia dominante de povo estava em

⁴³ Veja-se: FREYRE, Gilberto. Casa-Grande & Senzala. Formação da Família Brasileira sob o Regime Patriarcal. São Paulo: Global, 2004; VIANNA, Oliveira. Instituições Políticas Brasileiras. Volumes I e II. Belo Horizonte: Atalaia, 1987.

crise ou, no mínimo, cedeu lugar a uma forma distinta de fidelidade, participativa e plural.⁴⁴

As inovações da Constituição Cidadã⁴⁵ na incorporação de elementos plurais podem ser percebidas na enunciação exaustiva de novos “sujeitos constitucionais”. Os novos sujeitos nominados no texto representam normatizações conhecidas em outros países, como no caso das mulheres (art. 3º, IV; art. 7º, XX e XXX; art. 143, § 2º; art. 201, § 7º; art. 226, § 3º), dos deficientes físicos (art. 7º, XXXI; art. 23, II; art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, V; art. 208, III; art. 227, §§ 1º e 2º; art. 244) e das crianças e adolescentes (art. 7º, XXV; art. 203, I e II; art. 208, IV; art. 227, § 7º), mas também outras mais particulares, vinculadas a uma “história do Brasil” (art. 242, § 1º), que leva em consideração as contribuições das diferentes etnias e culturas para a formação do povo brasileiro”, tais como “índios”, “grupos indígenas”, suas “comunidades e organizações” (art. 22, XIV; art. 109, XI; art. 129, V; art. 210, § 2º art. 215, § 1º; art. 231; art. 232; ADCT art. 67), “comunidades dos quilombos” (ADCT art. 68), “antigos quilombos” (art. 216, § 5º) e “grupos participantes do processo civilizatório nacional”, aqui incluídos os “afro-brasileiros”(art. 215, 1º).

A novidade não poderia ser maior, a incompreensão também. Elas são reveladas na dificuldade de nomeação a partir das categorias utilizadas tradicionalmente pelos constitucionalistas. Novas realidades dependem de novas categorias e, comumente, estas representam novos usos e novas compreensões sobre dimensões daquilo que se considera real. Tome-se, por exemplo, José Afonso da Silva, doutrinador insuspeito na defesa da efetividade dos direitos fundamentais, com papel decisivo na construção dos “direitos indígenas” por entender que a Constituição havia incorporado o instituto do indigenato.⁴⁶

⁴⁴ Para uma trajetória do mito da brasilidade e períodos políticos autoritários, veja-se: CHAUÍ Marilena de Sousa. Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Moderna, 1981; CHAUÍ, Marilena. Conformismo e Resistência: aspectos da cultura popular no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1986; CHAUÍ, Marilena. Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. A noção de crise do conceito de povo é pensada nos termos propostos por: MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁴⁵ A origem da expressão “Constituição Cidadã” demonstra um aspecto decisivo do processo de redemocratização e de reconhecimento de novos sujeitos, pois foi uma referência à inclusão de direitos para as mulheres e a sua participação na constituinte, bem como de outras minorias. Veja-se: SILVA NETO, Casimiro Pedro da. A construção da democracia: síntese histórica dos grandes momentos da Câmara dos Deputados, das assembleias nacionais constituintes e do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003, 605.].

⁴⁶ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 830-832.

A trajetória de seu raciocínio sobre o “lugar” dos direitos indígenas é reveladora desse desconhecimento da relação entre identidade e cidadania no plural. Inicialmente o autor afirma que:

“Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade.”⁴⁷

A seguir, propõe duas classificações: uma, conforme o direito positivo, segue a nomenclatura do art. 6º, porém não inclui os direitos indígenas; a outra, com fins didáticos, divide os direitos sociais em “direitos sociais do homem como produtor e como consumidor”. Nesta segunda classificação, muito embora a matéria não seja tratada do ponto de vista conceitual, o autor incorpora aos direitos do homem como produtor os direitos previstos nos artigos 7º a 11º e, aos direitos do homem como consumidor, “os indicados no art. 6º e desenvolvidos no título da ordem social”, porém exclui da enumeração, mais uma vez, os direitos indígenas.⁴⁸

Entretanto, estas ausências, não apenas factuais, são explicitadas pelo autor como um estranhamento diante das categorias conhecidas de direitos. Conforme justifica:

“A Constituição deu bastante realce à ordem social. Forma ela com o título dos direitos fundamentais o núcleo essencial do regime democrático instituído.

Mas é preciso convir que o título da ordem social misturou assuntos que não se afinam com essa natureza. Jogaram-se aqui matérias que não têm conteúdo típico de ordem social. Ciência e tecnologia e meio ambiente só entram no conceito

⁴⁷ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 285-286.

⁴⁸ Nos direitos sociais do homem produtor, estão “A liberdade de instituição sindical (instrumento de ação coletiva), o direitos de greve, o direito de o trabalhador determinar as condições de seu trabalho (contrato coletivo de trabalho), o direito de cooperar na gestão da empresa (co-gestão e autogestão) e o direito de obter emprego.” Nos direitos sociais do homem consumidor, “direitos à saúde, à segurança social (segurança material, ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura e garantia do desenvolvimento da família (...).” SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 286.

de ordem social tomada essa expressão em sentido bastante alargado. Mesmo no sentido muito amplo, é difícil encaixar a matéria relativa aos índios no seu conceito.”⁴⁹

Se, em sentido amplo, os direitos indígenas não pertencem à ordem social, qual seria o seu lugar? Entre os direitos fundamentais ou num outro lugar? A resposta do autor é a ausência de justificativa.

Ao mesmo tempo, o autor propõe a vinculação entre direitos sociais e o princípio da igualdade em sua acepção material. Nos direitos culturais a relação entre liberdade e igualdade é, predominantemente, estabelecida do seguinte modo: o acesso aos direitos sociais não são um fim, mas um meio, segundo o qual serão reduzidas as desigualdades para que se possa usufruir, com melhor proveito, a liberdade. A ordem constitucional da cultura representa, nesta medida, não finalidades, valores, situações que devam ser protegidos em si, mas a tentativa de garantia de meios, minimamente adequados, numa ordem de justiça redistributiva.⁵⁰

Entretanto, o que José Afonso da Silva, apesar de seu compromisso com a dimensão material não percebe, é que os novos direitos culturais e os direitos indígenas (a) apelam para a identificação pública de grupos sociais que não mais representam apenas posições nas relações sociais de produção ou na sociedade de consumo; (b) tratam de prestações sociais, de comportamentos positivos que misturam, por assim dizer, o ideal de expressão com a minimização de desigualdades situacionais que não são meramente econômicas; (c) inauguram uma dimensão da liberdade vinculada ao igual respeito e consideração no uso da liberdade de criação, de invenção, de memória pública de determinados grupos sociais; (d) por fim, possibilitam a potencial universalização (acesso) de valores restringidos a grupos desempoderados socialmente. Logo, não é suficiente para compreender essas dimensões tão somente o apelo ao ideal de igualdade material, faz-se necessário revisitar o ideal de liberdade contido nas especificidades dos direitos sociais, sobretudo naqueles aqui referidos.⁵¹

⁴⁹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 805.

⁵⁰ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 232-233.

⁵¹ O autor corrige parte deste equívoco em obra monográfica sobre a Ordem Constitucional da Cultura, afirmando que: “(são) direitos constitucionais e fundamentais, porque devem ser compreendidos dentro do complexo marco dos direitos humanos, também reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e aos quais a Constituição confere algumas condições

Estão relacionados não apenas ao sentido negativo da liberdade (“liberdade como um meio de resistência à opressão da autoridade ou do poder, nem da ausência de coação será ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral”⁵²), mas a um sentido positivo, “como um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal – ou seja, como a possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”⁵³. Sentido para o qual:

“a liberdade consiste, em suma, num processo dinâmico de libertação homem de vários obstáculos que se antepõem à realização de sua personalidade: obstáculos naturais, econômicos, sociais e políticos. É hoje dever do Estado promover a libertação do homem de todos esses obstáculos, mediante ações positivas que possibilitem a todos a consecução de seus objetivos pessoais e sociais”.⁵⁴

Todavia, o ideal de liberação⁵⁵ presente no reconhecimento da historicidade da liberdade e na necessidade de romper as barreiras da desigualdade que impedem o uso das liberdades, como afirma José Afonso da Silva, não pode ser pensado sem que atribua “novas” dimensões à liberdade, pois a liberação não inicia onde começa a igualdade, - e a liberdade se faria, então, presente em sua plenitude -, mas quando se valoriza a liberdade numa relação dinâmica e constitutiva com a igualdade.

A existência do paradoxo (da crise de uma diferença fundante e da emergência de diferenças) pode ser explicada pela tensão entre as noções de democracia substancialista e procedimental, como se verá adiante, mas essa ausência de lugar está relacionada ainda à transformação da dicotomia estabelecida entre a esfera pública e a esfera privada na teoria constitucional. Em termos mais precisos, para que se possa compreender a novidade desses novos sujeitos

de aplicabilidade imediata.” SILVA, José Afonso da Silva. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 50.

⁵² SILVA, José Afonso da Silva. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 53.

⁵³ SILVA, José Afonso da Silva. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 54.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da Silva. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55.

⁵⁵ Como afirma o autor: “O assinalado aspecto histórico denota que a liberdade consiste, em suma, num processo dinâmico de liberação do homem de vários obstáculos que se antepõem à realização de sua personalidade: obstáculos naturais, econômicos, sociais e políticos. É hoje função do Estado promover a liberação do homem de todos esses obstáculos, e é aqui que a autoridade (poder) e liberdade se ligam.” SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 233.

constitucionais é preciso indagar: Qual o lugar da diferença na relação público-privado? Qual o espaço da alteridade do ponto de vista da ordem constitucional? Quando há necessidade de se constitucionalizar o ideal de afirmação pública da liberdade de existir de modo diferente?

O estranhamento do autor citado se refere à oposição entre elementos da identidade individual ou coletiva que poderiam ser considerados no espaço público ou deveriam ser reservados ao espaço privado, bem como entre direitos individuais e coletivos. De fato, a teoria constitucional sobre o pluralismo estava atrelada a uma primeira experiência histórica americana e europeia de construção da “esfera pública burguesa”, que, ao partir da noção de indivíduo, reproduzia o par liberdade/impessoalidade, impondo ao Estado um comportamento negativo na preservação de um espaço de autonomia público-privada em que o Estado era obrigado a respeitar o espaço privado das crenças pessoais e da consciência e a não violar o espaço público da expressão das opiniões sobre os destinos do governo. O espaço público era constituído pela expressão e associação de nômadas unidas em torno de interesses de um grupo ou do interesse de fiscalizar os negócios do governo.⁵⁶

⁵⁶ A idéia de liberdades públicas esteve associada às transformações na esfera pública de discussão na sociedade ocidental, descritas em: HABERMAS, Jürgen. Mudança Estrutural da Esfera Pública. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. Sobre a idéia de emancipação de uma racionalidade crítica e seu declínio com a indústria cultural, veja-se: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. Dialética do Esclarecimento. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. A criação da esfera pública demonstra essa tensão e redefinição contínua das formas de apresentação pública do sujeito de direitos na sociedade ocidental. A esfera pública helênica marcou a distinção moderna. A sociedade grega estava fundada na divisão entre a esfera da *polis* (da cidade), comum aos cidadãos livres e a esfera da *oikos* (da casa). Para os gregos, a política não consistia em legislar, mas em debater os negócios da cidade, mediante uma práxis comunitária. Era na esfera pública que a liberdade se manifestava e onde os cidadãos buscavam o reconhecimento, apesar da igualdade pressuposta, na concepção de virtude. Ao mesmo tempo, embora a escravidão tenha sustentado a possibilidade da construção do *logos*, a emancipação da razão crítica, ao dispensar os cidadãos do trabalho produtivo e das preocupações com a reprodução, os gregos mantiveram pelo mundo do trabalho um afastamento e uma percepção negativa. O reino das necessidades era a opressão e impedia o desenvolvimento do cidadão virtuoso. Porém, era a autonomia privada, alcançada como senhor do *oikos* (da casa), que permitia a sua autonomia pública. Na esfera privada se passavam as atividades produtivas e as relações de dependência dos não cidadãos (os filhos não emancipados, as mulheres e os escravos). Ser cidadão na esfera pública pressupunha o exercício de um poder de mando sobre não-cidadãos no espaço privado e de um controle indireto sobre as atividades de produção. Durante a Idade Média não há uma distinção entre a esfera pública e privada. A apresentação pública do soberano serve à perseguição de fins privados. Somente com a emergência da sociedade burguesa é que surgem: “As experiências, sobre as quais um público, que apaixonadamente tematiza a si mesmo, busca no raciocínio público das pessoas privadas entendimento mútuo e esclarecimento.” HABERMAS, Jürgen. Mudança Estrutural da Esfera Pública. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 60. Por sua vez: “O processo ao longo do qual o público constituído pelos indivíduos conscientizados se apropria da esfera pública controlada pela autoridade e a transforma numa esfera em que a crítica se exerce contra o poder do Estado realiza-se com uma refuncionalização

Neste contexto, conforme Jürgen Habermas:

“As palavras-de-ordem revolucionárias burguesas quanto a ‘igualdade’ e ‘liberdade’, congeladas em clichês, ainda mantém aí seu contexto vivo: o raciocínio político do público burguês ocorre, em princípio, sem levar em consideração quaisquer hierarquias sociais e políticas pré-formadas, conforme leis gerais que, por permanecerem rigorosamente externas aos indivíduos enquanto tais, asseguravam-lhes o desenvolvimento literário de sua interioridade; por terem validade geral, garantiam a individuação; sendo objetivas, permitiam o desenvolvimento da subjetividade; por serem abstratas, possibilitavam o espaço de manobra ao mais concreto”.⁵⁷

Entretanto, as divisões entre esferas públicas política e literária, privada (do mercado) e íntima (da família) não excluíram a referência a formas de vida particulares, pois:

“Como pessoa privada, o burguês é ambas as coisas numa só: proprietário de bens e de pessoas, bem como ser humano entre seres humanos, bourgeois e homme. (...) O círculo de ambas as formas de público nem sequer coincide plenamente: mulheres e dependentes estão excluídos da esfera política tanto de fato quanto de direito, (...) A esfera pública burguesa desenvolvida baseia-se na identidade fictícia das pessoas privadas reunidas num público em seus duplos papéis de proprietários e de meros seres humanos. (...) A identificação do público

(Umfunktionierung) da esfera pública literária, que já era dotada de um público possuidor de suas próprias instituições e plataformas de discussão. Graças à mediação dela, esse conjunto de experiências da privacidade ligada ao público também ingressa na esfera pública política. A representação dos interesses de uma esfera privada da economia de trocas é interpretada com ajuda de idéias que brotaram do solo da intimidade da pequena-família: a ‘humanidade’ tem aí seu local genuíno e não, como corresponderia a seu modelo grego, na própria esfera pública. Com o surgimento de uma esfera social, cuja regulamentação a opinião pública disputa com o poder público, o tema da esfera pública moderna, em comparação com a antiga, deslocou-se das tarefas propriamente políticas de uma comunidade de cidadãos agindo em conjunto (jurisdição no plano interno, auto-afirmação no plano externo) para as tarefas propriamente civis de uma sociedade que publicamente (para a garantia das trocas de mercadorias). A tarefa política da esfera pública burguesa é a regulamentação da sociedade civil (por oposição à *res publica*) tendo já a experiência de uma esfera privada íntima, enfrenta a monarquia estabelecida: nesse sentido ela tem, desde o começo, caráter privado e polêmico. Ao modelo grego de esfera pública faltam ambos os traços, pois o estatuto privado do senhor da casa, do qual depende o seu status político como cidadão, baseia-se na dominação sem qualquer aparência de liberdade mediatizada pela interioridade; e lúdico é o comportamento dos cidadãos só na competição esportiva entre eles: ela representa uma forma aparente de luta contra o inimigo externo, jamais algo como um confronto com o próprio governo.” HABERMAS, Jürgen. Mudança Estrutural da Esfera Pública. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 69.

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. Mudança Estrutural da Esfera Pública. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 72.

dos 'proprietários' com o dos 'seres humanos' pode ser efetuada especialmente porque, em regra, o status social das pessoas privadas burguesas conjuga de qualquer modo as características de propriedade e formação cultural."⁵⁸

Tanto num quanto noutro caso, o ponto de referência era o homem moderno, a individualidade, a "estátua pensante", proposta na metáfora de Norbert Elias em que se opunha indivíduo versus sociedade⁵⁹

"As estátuas vêem o mundo e formam concepções dele, mas lhes é negado o movimento dos membros. São feitas de mármore. Seus olhos vêem e elas são capazes de pensar no que vêem, mas não podem ir até lá. Suas pernas não podem andar nem suas mãos, segurar. Elas olham de fora para o interior de um mundo, ou de dentro para um mundo lá fora - como quer que se prefira formulá-lo -, um mundo sempre separado delas. A sensação desse vazio, ou, para usar a outra imagem, de um muro invisível entre uma pessoa e outra, o eu e o mundo, expressa-se com muita freqüência, direta ou indiretamente, na história ocidental recente. Talvez seja perfeitamente autêntica, mas muitas vezes pende como um véu sobre a idéia que fazemos da relação entre o ser humano em busca do conhecimento e o objeto de seu conhecimento, dando-lhe, como vimos, um cunho de fantasia. Ela também distorce enganadoramente nossas idéias sobre a relação de uma pessoa com outra, do indivíduo com a sociedade."⁶⁰

Como afirmou Charles Taylor, a "nova compreensão da identidade individual", surgida no final do século XVIII, pressupõe o ideal de "autenticidade"⁶¹. Neste momento, passa-se a falar: "de uma identidade individualizada, identidade particular a mim e que descubro em mim mesmo. Essa noção aflora conjugada a um ideal, o

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. Mudança Estrutural da Esfera Pública. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 73-74.

⁵⁹ Segundo Norbert ELIAS: "Há boas razões para crer que o modo de vida específico dos Estados nacionais industrializados está ligado a tipos muito específicos de imagem do homem e de autoconsciência individual que claramente diferem dos de outros grupos sociais ou dos de um mesmo grupo no passado." E ainda: "É possível reconhecer, ao mesmo tempo, que há e houve outras maneiras de vivenciarmos a nós mesmos e aos outros. Podemos saber que as formas que conhecemos de autoconsciência, a imagem que fazemos do homem, tiveram uma emergência tardia na história da humanidade, começando lentamente e por um breve período se limitando a pequenos círculos da sociedade antiga, para depois, no chamado Renascimento, afetar as sociedades ocidentais." ELIAS, Norbert. A Sociedade dos Indivíduos. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 81.

⁶⁰ ELIAS, Norbert. A Sociedade dos Indivíduos. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 100.

⁶¹ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 243

de ser fiel a mim mesmo e à minha própria maneira particular de ser.”⁶² Essa compreensão se desenvolveu a partir da noção de que “os seres humanos são dotados de um sentido moral, de um sentimento intuitivo acerca do que é certo ou errado”⁶³. Logo: “A idéia era a de que compreender o certo e o errado não se resumia a um cálculo frio, mas se ancorava em nossos sentimentos. A moralidade tem, de certo modo, uma voz interior.”⁶⁴ O ideal de autenticidade integra a “virada subjetiva da cultura moderna, uma nova forma de interioridade em que passamos a pensar-nos a nós mesmos como seres dotados de profundidades interiores”⁶⁵.

Contudo, a proposta de construção da identidade como uma guinada “para dentro”, fundada no ideal de autenticidade, elaborada pelos discursos filosóficos da Modernidade, é insustentável, pois, malgrado o caráter de interiorização do ideal de identidade, a identidade não tem uma “geração interior monologicamente compreendida”⁶⁶, visto que depende da produção de sentido negociada. Não obstante, a busca da originalidade foi utilizada na compreensão da “pessoa individual entre outras pessoas” e do “povo dotado de sua cultura entre outros povos” com reflexos tanto na definição da idéia de indivíduo/sujeito de direitos quanto nas de nação/povo/soberania⁶⁷.

Enfim, a idéia de pluralismo apoiava-se numa “forma específica de consciência moral, responsável pela sensação que temos de um muro invisível entre os mundos ‘interno’ e ‘externo’, entre indivíduo e indivíduo, entre o ‘eu’ e o ‘mundo’”. O pluralismo constituía, em parte, em ver respeitado esse muro que definia uma identidade não pública, expressão da liberdade. O modelo rousseauiano da assembléia⁶⁸, por exemplo, partia da possibilidade de formação de uma vontade entre elementos que, para serem reunidos, deveriam ser, anteriormente, isolados, limitando-se o conteúdo do que poderia ser apresentado no espaço público.

⁶² TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 243.

⁶³ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 243.

⁶⁴ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 243.

⁶⁵ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 244.

⁶⁶ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 246.

⁶⁷ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 245.

⁶⁸ ROUSSEAU, J. J. O contrato social. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

Despojados de seus traços de “pessoa”, elas adentravam no espaço público na condição de “indivíduos”. Em outras palavras, a liberdade privada fazia referência às pessoas, suas trajetórias de vida, suas afinidades etc., mas, ao mesmo tempo, a um regime de confinamento. O direito à liberdade dos modernos era o direito a uma liberdade negativa, de não intromissão do Estado ou dos consortes. O direito à liberdade democrática findava nos direitos de voto e nos debates racionais, porque impessoais, na sociedade civil do “homem igual e racional”, mas distante de trajetórias singulares, memórias coletivas, histórias sociais.

A comparação de duas perspectivas (Benjamin Constant e Rousseau) sobre essa individualidade e sua relação com as noções de esfera pública e privada serve para demonstrar seu conteúdo, sua transformação e, sobretudo, o que ela oculta quando se considera a trajetória concreta de determinados sujeitos aos quais, como se disse anteriormente, foi negado o logos, ou seja, para que se possa pensar o lugar de diferenças semelhantes às trazidas no texto constitucional.

Inicialmente, Benjamin Constant ilustra essa “tripla” dimensão da liberdade moderna, a esfera de reserva, do debate público, de intervenção indireta nos negócios do Estado, ao resumir o que, segundo ele, os americanos entendiam por liberdade e que representaria o ideal de liberdade dos modernos:

“C’est pour chacun le droit de n’être soumis qu’aux lois, de ne pouvoir être ni arrêté, ni détenu, ni mis à mort, ni maltraité d’aucune manière, par l’effet de la volonté arbitraire d’un ou de plusieurs individus: C’est pour chacun le droit de dire son opinion, de choisir son industrie, et de l’exercer, de disposer de sa propriété, d’en abuser même; d’aller, de venir sans en obtenir la permission, et sans rendre compte de ses motifs ou de ses démarches. C’est, pour chacun, le droit de se réunir à d’autres individus, soit pour conférer sur ses intérêts, soit pour professer le culte que lui et ses associés préfèrent, soit simplement pour remplir ses jours ou ses heures d’une manière plus conforme à ses inclinations, à ses fantaisies. Enfin, c’est le droit, pour chacun, d’influer sur l’administration du Gouvernement, soit par la nomination de tous ou de certains fonctionnaires, soit par des représentations, des pétitions, des demandes, que l’autorité est plus ou moins obligée de prendre en considération.”⁶⁹

⁶⁹ CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. (1819), p. 10. Disponível em: <http://www.panarchy.org/>

A comparação entre a liberdade dos antigos e dos modernos formulada pelo autor inseria-se no debate, como se verá adiante, em que, em nome do Constitucionalismo, se atacava a teoria democrática rousseauiana da vontade geral. Rousseau, ao retratar a liberdade, segundo Benjamin Constant, tomara o conceito dos antigos, o que era incompatível em uma sociedade industrial, de massas, em que o comércio substituíra a guerra, uma sociedade pacificada em que o objetivo dos homens era a satisfação de seus desejos por meios pacíficos. Como afirmava Benjamin Constant:

“Il résulte de ce que je viens d’exposer, que nous ne pouvons plus jouir de la liberté des anciens, qui se composait de la participation active et constante au pouvoir collectif. Notre liberté à nous, doit se composer de la jouissance paisible de l’indépendance privée. La part que dans l’antiquité chacun prenait à la souveraineté nationale n’était point, comme de nos jours, une supposition abstraite. La volonté de chacun avait une influence réelle: l’exercice de cette volonté était un plaisir vif et répété. En conséquence, les anciens étaient disposés à faire beaucoup de sacrifices pour la conservation de leurs droits politiques et de leur part dans l’administration de l’État. Chacun sentant avec orgueil tout ce que valait son suffrage, trouvait dans cette conscience de son importance personnelle, un ample dédommagement.”

Enfim, a oposição à Rousseau devia-se ao fato de Benjamin Constant considerar “a independência individual” como a “primeira das necessidades modernas” e, portanto, intolerável o seu “sacrifício para estabelecer a liberdade política.”⁷⁰ Em nome da democracia representativa, tinha como alvo o fantasma da democracia direta, defendida por Rousseau.⁷¹

Porém, a oposição entre ambos pode ser relativizada quando não se toma como ponto de partida o tema da formação da vontade geral. De fato, Rousseau, segundo Charles Taylor, representa também um ponto de partida para a reflexão sobre o tema da honra (e do ideal de autenticidade presente na noção de identidade), assim como Kant do ideal de tratamento igualitário (de igual dignidade conferida a todos, presente no modelo republicano). Rousseau opõe “uma condição

⁷⁰ CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. (1819), p. 19. Disponível em: <http://www.panarchy.org/>

⁷¹ Como explica Friedrich Müller: “À soberania do príncipe, Rousseau contrapõe a soberania popular. O caráter unitário desta, a ser atingido, corresponde ao caráter unitário tradicional daqueles contra os quais ele se volta polemicamente.” MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 91.

de liberdade-na-igualdade a uma condição caracterizada pela hierarquia e pela dependência do outro.”⁷² Opõe a noção de honra advinda das sociedades fundadas na hierarquia, pois presencia (e defende) o colapso das hierarquias sociais que eram a base da honra como distinção (nobilidade) e sua substituição pela noção universalista, fundada na idéia democrática de que a todos possuem “dignidade humana”. Como esclarece Charles Taylor:

“A primeira é o colapso das hierarquias sociais, que costumavam ser a base da honra. Emprego honra no sentido do ancien regime, em que ela está intrinsecamente ligada a desigualdades. Para que alguns tenham honra nesse sentido, é essencial que nem todos tenham. É assim que Montesquieu emprega o termo em sua descrição da monarquia. A honra é intrinsecamente uma questão de preferências. (...) Opõe-se a essa noção de honra a noção moderna de dignidade, agora usada num sentido universalista e igualitário que nos permite falar da ‘dignidade [inerente] dos seres humanos’ ou de dignidade do cidadão. A premissa de base aqui é de que todos partilham dela. É óbvio que esse conceito de dignidade é o único compatível com uma sociedade democrática, sendo inevitável que o antigo conceito de honra fosse sobrepujado. Mas isso também significou que as formas de reconhecimento igual têm sido essenciais à cultura democrática.”⁷³

Em Rousseau, a dependência se estabelece porque alguém anseia obter a estima do outro, tornando-se um escravo da “opinião”. Essa noção é chave para compreender o vínculo com a hierarquia. A boa opinião alheia é “compreendida no âmbito da concepção tradicional da honra, isto é, como intrinsecamente vinculada com preferências. A estima que buscamos nessa condição é intrinsecamente diferencial. É um bem posicional.”⁷⁴ Essa noção de honra implica a depravação da humanidade, pois os desiguais em termos de poder são dependentes uns dos outros - “não só o escravo do senhor, mas também este daquele.”⁷⁵ Ou seja, no “sistema de honra hierárquica, a deferência das ordens inferiores é essencial.”⁷⁶ Em oposição

⁷² TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 255.

⁷³ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 242-243.

⁷⁴ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 255.

⁷⁵ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 255.

⁷⁶ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 255.

a essa modalidade de honra, Rousseau propõe uma visão estoíca em que para alguém aparecer “no espaço público não deve ser objeto de sua preocupação”⁷⁷. Isso pode significar uma auto-dramatização da “possibilidade de manter sua integridade diante da hostilidade e da calúnia imerecida do mundo.”⁷⁸

Todavia, nos relatos de Rousseau, a propósito de “uma sociedade potencialmente boa”⁷⁹, a estima tem seu papel. O autor pensa nos jogos das olimpíadas gregas versus o teatro moderno. Naquela a reciprocidade equilibrada está na base da igualdade, como interpreta Charles Taylor:

“O argumento não expresso de Rousseau parece o seguinte: uma reciprocidade perfeitamente equilibrada retira de nossa dependência da opinião o que nela há de negativo, tornando-a compatível com a liberdade. A completa reciprocidade, ao lado da unidade de propósito que a torna possível, assegura que, ao seguir a opinião, eu de modo algum me veja retirado de mim mesmo. Ainda estou ‘obedecendo a mim mesmo’ como membro desse projeto comum ou vontade geral. Cuidar da estima nesse contexto é compatível com a liberdade e com a unidade social, dado que se trata de uma sociedade em que todos os virtuosos terão a mesma estima e pelas mesmas razões (corretas)”.

No sistema da honra hierárquica, há o oposto: “Em contrapartida, num sistema de honra hierárquica, estamos em competição; a glória de uma pessoa tem de ser a vergonha de outra, ou ao menos a obscuridade desta outra. Nossa unidade de propósito vê-se abalada e, nesse contexto, tentar obter o favor de outro, que por hipótese tem metas distintas das minhas, tem de ser alienante. Paradoxalmente, a dependência do outro é negativa se faz acompanhar da separação e do isolamento; o tipo bom, que Rousseau de modo algum chama de dependência do outro, envolve a unidade de um projeto comum, e mesmo um ‘self comum’”.⁸⁰

O debate proposto por Rousseau pode ser lido como uma resposta à questão presente entre os gregos sobre quem teria a possibilidade de se constituir em cidadão. De fato, a existência de desigualdades era considerada natural e a

⁷⁷ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 256.

⁷⁸ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 256.

⁷⁹ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 256.

⁸⁰ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: Argumentos Filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000, p. 257-258.

apreensão da honra era feita conforme tais divisões naturais que deveriam se perpetuar, inclusive, na educação. A honra se articulava em dois níveis, dos não cidadãos por natureza e dos cidadãos. Rousseau, ao contrário, inicia uma crítica da desigualdade material e termina por reduzir a igualdade à assembléia de indivíduos formadora da vontade geral, ou seja, critica a diferenciação histórica dos indivíduos, mas se reduz a conceber a igualdade como igualdade formal na constituição da vontade política. Uma igualdade que para existir pressupõe reduzir a todos a uma única medida. Por outro lado, a busca da honra não o impede de identificar, nas práticas dos gregos e dos germânicos, formas análogas e desejáveis do jogo adequado daqueles que estão mais próximos da expressão do sentimento da natureza em sua autenticidade. A referência a essa tradição já poderia servir para identificar seus impasses e o caráter particularista de um argumento que se pretende universalista.

A proposta de honra de Rousseau fundava-se no par igualdade/liberdade, entretanto, a noção de igualdade absoluta jamais foi realizada. Em outras palavras, levando a sério Rousseau, não pode haver honra onde há exclusão. A noção de mérito precisaria ser pensada em contextos marcados pela exclusão. Ou se afirma que não há qualquer honra, apenas poder; ou se reafirma o valor da honra sem considerar a hierarquia existente, desvirtuando o valor da honra; ou se assume o fim (ou a minimização) das hierarquias como um dos objetivos de uma comunidade que se pretende ser honrada. Neste último caso, como se debaterá ainda no capítulo final, trajetórias de vida são relevantes. Nessa linha de raciocínio, a honra não pode ser pensada como existente se tal comunidade constitui-se na reprodução de um jogo sobre a verdade em que determinados grupos não podem produzir verdade alguma, pois suas manifestações culturais não têm nenhuma ou a mesma dignidade que é conferida às manifestações de grupos sociais tradicionais que, diante de seu poder social, impõem a distribuição da honra. Não se trata de mera dependência em relação a outro, pois não se trata de repetir o mesmo padrão, mas de uma exclusão que somente pode ser resolvida com uma concepção menos homogeneizante do espaço público, capaz de, a um só tempo, minimizar particularismos e reconhecer alteridades.

Observados sob esse prisma, a distância estabelecida por Benjamin Constant entre seu pensamento e o de Rousseau pode ser relativizada, pois ambos têm como

ponto de partida o indivíduo, nômade, autoconsciente de si, impessoal, igualado por apagar suas referências pessoais no conjunto da assembléia geral ou por estar inserido nas relações de mercado, o que pressupõe um tipo de uniformização da perspectiva dos interesses que são postos como válidos na oposição ao Estado. A liberdade, assim defendida, não poderia oferecer elementos para o reconhecimento público de diferenças, isso porque o homem econômico e o homem político estavam marcados por uma homogeneidade pressuposta.

Por sua vez, como se pode observar nas considerações de José Afonso da Silva, foi no debate sobre a igualdade que a idéia de diferença se apoiou. Ela representava uma trajetória indigna de ser vivida e que, portanto, deveria ser eliminada. Nesse sentido, como demonstrou Ronald Dworkin e a tradição da Suprema Corte Americana o princípio da igualdade em sua acepção formal conduz a descoberta da desigualdade material.⁸¹ Entretanto, a revelação de desigualdades também significou a atribuição de uma incapacidade para adentrar aos espaços públicos de decisão, tal como na divisão entre cidadania passiva e ativa, ou um espaço de intervenção “do Estado sobre” a diferença, porque a desigualdade tornaria impossível o exercício dos direitos de liberdade. A diferença era a desigualdade inata de grupos específicos (mulheres, crianças, loucos, órfãos, viúvas etc.), assim como a desigualdade transitória dos sem educação ou sem condições econômicas. Em ambos os casos, a diferença-desigualdade justificou limites às liberdades públicas que podem ser apreendidos, em suas linhas gerais, como a aplicação do instituto jurídico da tutela, e fez dos argumentos sobre a diferença uma ponte para a intervenção do Estado e da Sociedade Civil na esfera de liberdade privada desses grupos, o que se tornou possível na medida em que novos campos de conhecimento científico foram sendo institucionalizados e se diferenciando.⁸²

Inicialmente, a idéia de liberdades públicas deixou intocado o que se considerava da esfera privada, das desigualdades econômicas do mercado entre os contratantes (capitalistas e trabalhadores) e das relações tidas como domésticas ou

⁸¹ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁸² O tema da criação e ampliação de domínios a partir do discurso científico foi desenvolvido por Michel Foucault em diversas obras: FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral M. Machado. Rio de Janeiro: NAU, 1999; FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso. São Paulo: Loyola, 1996; FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Trad. e Org. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979; FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: história da violência nas prisões. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1991; FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

familiares (mulheres, crianças, servos etc.). A crítica da desigualdade foi, sobretudo, a tentativa de equiparação, segundo modelos culturais gerais, e ao mesmo tempo a radicalização de uma idéia de desigualdade, de tal modo que o reconhecimento da desigualdade e da sua “cura” envolvia a permanência de uma desigualdade quanto à liberdade. Tais processos sociais foram dependentes da construção, como demonstrou Michel Foucault, de instituições particularizadas e de redes de vigilância e controle. Muito embora seja comum identificá-las com o Estado Social, há formas modernas anteriores de administração da pobreza ou do “Estado-Providência” preocupado com a administração econômica (racional) dos recursos humanos (populacionais) disponíveis em determinado território.

De qualquer modo, o regime da tutela significava, ao transformar um grupo em problema público, submetê-lo ao confinamento privado. Por sua vez, o indivíduo, ainda que não se considere de forma absoluta a trajetória histórica da subjetividade proposta por Michel Foucault, foi submetido a um processo de individualização, ou seja, no lugar da autonomia privada, surge o indivíduo como “problema”, como espaço de intervenção social. Condenar a falta de liberdade, em nome da igualdade, não permitiu o retorno da liberdade e, ainda, resultou em novas formas de desigualdade.

De modo esquemático, nas sociedades ocidentais dos países do centro do capitalismo, os caminhos da liberdade acompanham a construção das formas históricas do Estado Moderno. No Estado Liberal, a liberdade foi entendida como um direito negativo, de não intromissão do Estado, com a preservação da sociedade civil burguesa identificada com as relações de mercado e também do espaço privado das relações domésticas. No Estado Social, a liberdade foi articulada em oposição à de interesse público e a ele submetida sob a falsa identificação do estatal com o coletivo. O Estado intervencionista assumiu novas tarefas em relação ao mercado, mas também em relação ao espaço doméstico, na medida em que a família deixa de ser confundida com a unidade econômica e não pode mais arcar com o ônus do processo de socialização dos indivíduos. Ao mesmo tempo, essa ação produziu uma domesticação da sociedade civil que consistia no monopólio de aparelhos ideológicos ou no apoio a aparelhos privados capazes de impor uma moral privada uniforme. Finalmente, no Estado Democrático de Direito, a liberdade ressurgiu articulada à idéia de sociedade civil de cidadãos, e não apenas de burgueses,

redefinindo com sua participação as formas de intervenção estatal. A sociedade civil se autonomiza em relação às forças do mercado e ao papel domesticador explícito exercido pelo Estado do social. De modo excessivamente simplista, pode-se falar em três momentos da liberdade, correspondentes àquelas três formas de Estado: a liberdade dividida, a liberdade disciplinada e a liberdade participativa.

Ao mesmo tempo, esses momentos da liberdade corresponderam a metáforas espaciais sobre a distinção entre público e privado, ou como afirma Norberto Bobbio, entre Sociedade Civil e Estado.⁸³ Na liberdade dividida, o espaço da liberdade encontra-se, do ponto de vista das ideologias autoritárias, como um espaço residual, para as perspectivas liberais como um espaço fortificado para o qual o próprio Estado deve concorrer na preservação das fronteiras. Na liberdade disciplinada, as fronteiras do Estado parecem se alargar, não apenas com a posse dos velhos territórios, como a família, mas de forma capilar com a definição de novas formas de organizar o território privado, como a educação pública, os meios de comunicação de massa. Na liberdade participativa, o Estado é questionado não apenas nos novos territórios invadidos ou projetados, mas em seu próprio território, o que se contesta não é apenas a existência de uma sociedade civil fortificada, mas do modo como o Estado se organiza, pois dele se desprende formas homogeneizantes de organizar a vida em sociedade.

Alguns desses momentos, em termos históricos mais precisos, são retomados ao longo desse capítulo, aqui convém apenas lembrar que a idéia de liberdade negativa, a liberdade dividida, estava vinculada no texto de Benjamin Constant a outra dicotomia, Guerra versus Paz. A idéia de uma pacificação social pelo uso da força legal era a tarefa central do Estado desde então. A dicotomia, assim como ocorre em formas discursivas semelhantes, referia-se a outra não menos importante, Ordem versus Desordem. Para Benjamin Constant, a substituição da guerra pelo comércio havia permitido que o homem buscasse a satisfação de seus desejos no âmbito privado, daí a necessidade de sua preservação. A liberdade conformava-se, por assim dizer, aos espaços já pacificados, em especial, ao mercado, visto como o elemento propagador da paz social (ou da submissão).

Por sua vez, a emergência de uma liberdade disciplinada esteve associada a fenômenos complexos, porém ela foi gestada no contexto da “Era das Revoluções”,

⁸³ BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

das convulsões sociais provocadas pelas reivindicações do movimento operário e, posteriormente, das crises econômicas mundiais que demonstravam a permanência de conflitos entre os agentes econômicos e seu caráter nocivo à reprodução das forças produtivas.

De volta a Benjamin Constant, sua aversão à soberania rousseauiana era associada, em “Dos Efeitos do Terror” (1797), ao repúdio à doutrina segundo a qual o terror praticado no curso da Revolução Francesa era necessário e justificável diante de outras formas anteriores de terror que se pretenderam derrubar ou como meio para provocar a ruptura com o Antigo Regime. Desse modo, distinguia o terror do uso da força pelo governo da revolução. Esta seria necessária, aquele uma consequência do modo com uma falsa república se instaurava.^{84 85}

A idéia de ordem e sua relação com a liberdade foi o tema, por excelência do pensamento político da Era das Revoluções, como se verá no capítulo seguinte. De forma sintética, ela representou um papel mais ativo do Estado, inicialmente um Estado Policial, depois Estado Assistencialista e Intervencionista. Nesses termos, Michel Foucault descreveu com insistência a criação dos dispositivos disciplinares e uma rede público-privada de instituições de assistência, educação, correção etc., conformadores de um verdadeiro arquipélago carcerário, funcionando fora dos parâmetros da legalidade pública ou como instituições com regulamentos parajurídicos, responsáveis no início pela normalização dos excluídos e, depois, de toda a sociedade. De igual modo, essa rede público-privada inseria e constituía seus objetos de intervenção, mediante a individualização que pode ser entendida, de modo amplo, como uma tentativa de conter a erupção de formas coletivas de

⁸⁴ Segundo Benjamin Constant: “Le gouvernement avait le droit de surveiller, de poursuivre, de traduire devant les tribunaux ceux qui conspiraient contre la république; mais la terreur créa des tribunaux sans appel, sans formes, et assassina sans jugement soixante victimes par jour. On a prétendu que ces atrocités ne furent pas sans fruit et que, la mort ne choisissant pas, tout tremblait. Oui, tout tremblait sans doute; mais il eût suffi que tous les coupables tremblassent, et le supplice de vieillards, octogénaires, de jeunes filles de quinze ans, d'accusés non interrogés, ne pouvait être nécessaire pour effrayer les conspirateurs.” CONSTANT, Benjamin (1767-1830). *Des effets de la Terreur* (1797). In: CONSTANT, Benjamin. *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier* (1796). Paris: Éditions Flammarion, 1988, p. 171-172.

⁸⁵ CONSTANT, Benjamin (1767-1830). *Des effets de la Terreur* (1797). In: CONSTANT, Benjamin. *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier* (1796). Paris: Éditions Flammarion, 1988, p. 161-178. O texto foi reeditado algumas vezes por seu autor. Conforme consta na obra: “*Des effets de la Terreur* parut en l'an V (mai 1797) en tête de la réédition de *Des réactions politiques* et fut recensé dans *Le Moniteur* (nos 293 et 294 des 23 et 24 messidor (tome 28, pp. 739 et 740), Constant l'a réédité sous une forme abrégée en 1829 dans ses *Mélanges de littérature et de politique*, sous le titre *Des effets du régime que l'on a nommé révolutionnaire relativement au salut de la liberté en France.*” (p. 165).

interação social e como a constituição de uma subjetividade a partir do poder com a produção de biografias, registros, bancos de dados etc.⁸⁶

A liberdade participativa é, em parte, um movimento de refluxo, assim como uma nova definição do tema clássico da opressão pela violência ou do uso da violência pelo Estado para a pacificação da violência residual da sociedade civil. O que as novas formas de liberdade questionam é a possibilidade de formas de opressão mesmo quando o Estado não se vale da violência direta, ou seja, a possibilidade de haver opressão sob o manto de políticas que não se valem de uma violência explícita e, sobretudo dos conteúdos da Ordem que se pretende ver instaurada e da Desordem combatida. Da mesma forma, questionam o sentido da violação da igualdade na imposição de uma lei igual, aparentemente não violadora da liberdade, mas que, de fato, representa um particularismo transmutado sob a forma de universalidade.

A liberdade participativa, por exemplo, reivindica a liberdade privada de manifestação, a maneira como o Estado delimita o espaço público de manifestação e, especialmente, como ele o gerencia, ao privilegiar determinados modos de participação, difundir padrões culturais, estruturar políticas públicas etc. Há elementos antes vistos como privados ou neutros porque identificados com a memória da coletividade pacificada que são questionados como formas de limitação da liberdade. Ao mesmo tempo, a liberdade participativa coloca em cheque a idéia de indivíduo como estátua pensante. A idéia de sujeitos coletivos, em muitos casos, se distancia das noções de associativismo impessoal fundadas em interesses comuns, mas estranhos às próprias definições pessoais. Para alcançar a liberdade, é necessário falar em nome de um sujeito coletivo, formado por um processo de comunicação que revela e constrói, em primeiro lugar, uma linguagem comum sobre a exclusão. No lugar do indivíduo impessoal, as novas formas de denúncia da opressão necessitam articular a idéia de identidade social, como é o caso das mulheres, homossexuais, portadores de deficiência, etc. Produzem discursos sobre os limites opressores, tanto da esfera da "domesticidade" da sociedade civil quanto da sociedade civil disciplinada pelo Estado. Ao mesmo tempo, ao surgirem no espaço público, esses novos sujeitos a habitá-lo tal como uma nômada, mas a

⁸⁶ Veja-se: FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral M. Machado. Rio de Janeiro: NAU, 1999; FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: história da violência nas prisões. Trad. Lúcia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1991.

recompô-lo em sua estrutura. Não almejam a Ordem, mas novas ordens distintas e plurais. A diferença, nesse caso, não é apenas o que se pretende corrigir com políticas de desigualdade, mas aquilo que se pretende ver manifestado como forma também constitutiva da vida social. A liberdade se insurge contra os limites constituídos na metáfora espacial da distinção entre público e privado, pois nem o privado pode ser o que foi no passado nem o público pode se esconder sob o manto de uma universalidade não questionada em seus particularismos.⁸⁷

Por fim, a emergência da liberdade participativa reage contra aquilo que Nicos Poulantzas denominou de “despojamento total dos agentes da produção de seu ‘poder intelectual’ em proveito das classes dominantes e do Estado” e contra a “ação esmagadora das sub-simbolizações que cimentam os elos territoriais-pessoais dos agentes”, ambas decorrentes até então da reprodução na estrutura do direito moderno da divisão entre trabalho manual e trabalho intelectual, entre senso comum e ciência, entre saberes tradicionais e saberes especialistas e entre forma de legitimação moderna (a lei universal) e pré-modernas (vínculos pessoais).⁸⁸

A nova dimensão da liberdade como participação requer mais que a mera evocação da “ideologia do discurso competente” como forma de conferir legitimidade às decisões e às práticas institucionais.⁸⁹ Isso porque a crise da ciência e da técnica é incorporada ao senso do homem comum a cada dia. Entretanto, a crise da ciência e dos saberes especialistas é, como demonstrou Boaventura de Souza Santos,

⁸⁷ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção – o público e privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org). O novo direito administrativo brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2003.

⁸⁸ “A lei moderna realiza a relação capitalista do poder e do saber condensada no trabalho intelectual capitalista: nenhum saber nem verdade nos indivíduos-sujeitos fora da lei. (...) A lei capitalista traduz assim o despojamento total dos agentes da produção de seu ‘poder intelectual’ em proveito das classes dominantes e de seu Estado.” POULANTZAS, Nicos. O Estado, o Poder, o Socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 01.

⁸⁹ Sobre a exclusão operada pela idéia de competência discursiva veja-se: CHAUI, Marilena de Sousa. Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Moderna, 1981. Sobre a esfera pública mundial, escreve Giacomo Marramao: “Mas também não deverá limitar-se a servir, como defende Habermas, como terreno do confronto – orientado a um entendimento – entre modelos e esquemas argumentativos voltados à justificação de diversas opções de valores. Tal proposta, de fato, ainda que constitua um indiscutível progresso levando-se em consideração versões estritamente procedimentalistas da democracia, possui o inconveniente de uma implícita discriminação entre sujeitos dotados de competência comunicativo-argumentativa sujeitos delas desprovidos. Todavia, mesmo sujeitos extremamente deficientes quanto à lógica argumentativa racional podem ser capazes de considerar suas próprias escolhas éticas ou as conseqüências que a adoção autônoma ou heterônoma de determinadas normas e estilos de vida têm para a sua própria existência.” MARRAMAIO, Giacomo. O Mundo e o Ocidente Hoje. O Problema de uma Esfera Pública Global. Texto apresentado no seminário “Direito, Política e Tempo na Era Global”, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, nos dias 06 e 07 de junho de 2007. Trad. Flaviane de Magalhães Barros.

marcada pela necessidade de fazer ouvir o conhecimento desprezado pelo cientificismo, não pelo fim de todo argumento científico.⁹⁰ Ao mesmo tempo, demonstra o que Anthony Giddens denominou de caráter reflexivo da ciência, fenômeno segundo o qual a ciência passa a ser reapropriada pela sociedade e incorporada ao senso comum na tomada de decisões.⁹¹

De outra parte, a nova liberdade recoloca a dimensão do fraterno, do interpessoal, do sofrimento vivido que é, quase sempre, experimentado no âmbito local, como também pode ser universalizada de forma transversal. Os novos territórios dos novos direitos surgem da recriação de territórios, não geográficos, mas simbólicos. Há uma territorialização do direito que não significa retorno ao modelo estamental, pois se insere em estruturas principiológicas (de igualdade e liberdade).⁹² Essa territorialização pode ser vista como a expressão de problemas globais que devem ser enfrentados em sua dimensão local e vice-versa.⁹³ Guarda diante da sua necessidade de redefinir as ordens locais, profunda relação com o conteúdo revolucionário da emergência da liberdade popular da Era das Revoluções.

Nesse sentido, a "nova" liberdade vincula-se à reconstrução de subjetividades destruídas nos diversos processos sociais e econômicos do capitalismo. Subjetividades que estão sob a tensão de um retorno improvável a identidades já transformadas pela Modernidade (e que eram, como demonstrou Stuart Hall e se argumenta no capítulo seguinte, essencialmente universais porque inseridas naquele vasto processo de desterritorialização moderna), novas formas de opressão social e estatal, e a necessidade de se constituírem a partir de narrativas sobre o passado.⁹⁴ Este caráter complexo da representação do sujeito como narrativa encontra seu primeiro fundamento no sofrimento, numa ética da libertação, nos termos propostos por Enrique Dussel, em que o grito de dor irrompe contra o silêncio

⁹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. Um Discurso sobre a Ciência. Porto: Afrontamento, 1999.

⁹¹ GIDDENS, Anthony. As Consequências da Modernidade. São Paulo: UNESP, 1991.

⁹² SODRÉ, Muniz. O terreiro e a cidade. A forma social negro-brasileira. Petrópolis: Vozes, 1988; HALL, Stuart. Da Diáspora, Identidades e Mediações Culturais. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

⁹³ "O novo universal da esfera pública planetária que somos chamados a construir ou será fruto de uma maiêutica relacional, de um verdadeiro e próprio experimentum de 'tradução' recíproca entre as diversas experiências culturais, ou, simplesmente, não será." MARRAMAO, Giacomo. O Mundo e o Ocidente Hoje. O Problema de uma Esfera Pública Global. Texto apresentado no seminário "Direito, Política e Tempo na Era Global", promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, nos dias 06 e 07 de junho de 2007. Trad. Flaviane de Magalhães Barros.

⁹⁴ HALL, Stuart. Da Diáspora, Identidades e Mediações Culturais. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

da indiferença e a racionalidade dos limites das respostas institucionalizadas.⁹⁵ Por sua vez, a conjugação da dimensão interpessoal/local e a dimensão da expressão do sofrimento que possibilitam repensar o futuro e o presente, para além do tempo homogeneizante, da univocidade do “fim da história”, reinstaurando um elemento de incerteza transformadora, a “esperança”.⁹⁶ Embora profundamente enraizado no pensamento revolucionário, esse elemento agora assume a tarefa de destruição e também da reconstrução da ordem, não mais com o caráter de estabilidade, mas de procedimentalização dessa tensão moderna entre a esfera pública e privada.

Qual o lugar da diferença? Em primeiro plano, é o da narrativa, como se verá com mais precisão nos tópicos seguintes. Em segundo plano, não é mais. Não é mais o lugar da clausura, da liberdade dividida ou do confinamento da liberdade disciplinada. Em terceiro lugar, é uma pergunta, um entre-lugares, ou seja, é a impossibilidade de definir a priori, salvo como princípio ou como conteúdo vivenciado, se a diferença representa um particularismo que nega o espaço público de alteridade ou se ele o reforça. Não significa que a liberdade como esfera de reserva, “vida privada”, tenha perdido sua força como direito a uma diferença. Isso implica dizer que o não reconhecimento público das trajetórias de exclusão, quando são trazidas para o espaço público, viola o direito à liberdade, pois não se pode ser

⁹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 1997. Deve-se ao autor a apreensão do esgotamento do paradigma individualista do direito moderno e de seus limites institucionais com o surgimento de novos sujeitos coletivos e a dimensão de uma ética da necessidade e da alteridade que eles propugnam. Porém, sua concepção está marcada pelas metáforas espaciais de representação do ordenamento jurídico, a partir do modelo piramidal das hierarquias, ao mesmo tempo, o modelo de pluralismo ainda guarda referência à idéia de ordens, em esferas de incidência e de legitimidade das normas fundamentais de cada topo. Um modelo de representação do direito, a partir do direito como integridade, violenta abertamente a metáfora espacial, faz incidir a Constituição sobre relações concretas de tal modo que o ponto de partida não seja o mesmo depois do caso. Numa percepção como esta do problema, a legitimidade dos direitos construídos por grupos sociais encontra necessidade de fundamentação semelhante aos problemas enfrentados pelo direito estatal. A legitimidade somente pode ser a referência à igualdade e à liberdade. O direito é, deste ponto de vista, essencialmente incompleto. A jurisdição produzida no âmbito local não é não-direito porque não decorre das fontes tradicionais produtoras do direito, das denominadas regras de produção secundária. A questão da antijuridicidade a partir das fontes somente encontra sentido como forma de estrutura que garanta a igualdade e a liberdade, ela não é o fim em si mesmo. Ademais, decisões que são fundadas em tais fontes não são necessariamente jurídicas. Por sua vez, ainda que aparentemente jurídicas do ponto de vista abstrato, modulada em seus efeitos concretos podem deixar de sê-lo. Enfim, a idéia do caso, como objeto de análise do direito estruturado a partir de princípios, corrompe, de forma produtiva, o dualismo até então existente entre monismo e pluralismo que somente era possível a partir de uma visão restrita do próprio direito. O pluralismo integra uma percepção do direito como princípio e, de modo mais concreto, é capaz de justificar a necessidade de respeito para com tradições locais, ao mesmo tempo em que deve repensar os limites dessas tradições quando elas violam os princípios da igualdade e da liberdade.

⁹⁶ DUSSEL, Enrique D. Ética da Libertação. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 313-385; FROMM, Erick. A Revolução da Esperança. Por Uma Tecnologia Humanizada. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

livre quando os efeitos coletivos de situações estruturais são vistos como problemas privados e interpretados a partir desse ponto de vista. De igual modo, não significa que não possa haver "intervenção social", mas que, como se argumentará nos próximos tópicos, a liberdade integra essa dimensão institucional pela consideração das narrativas acima referidas na construção de modelos de intervenção. Por fim, não é menos. Não pode ser retratada como uma desonra a narrativa que afirma a existência de uma exclusão ou de uma diferença não reconhecida. A honra é reencontrada na afirmação da igualdade de alteridades e na peculiaridade de narrativa sobre as lutas sociais, de exercício do direito da liberdade, que é negado ao longo do tempo. A derrota histórica não é desonra nem pode ser heróica, senão humana.

No caso específico das cotas raciais, elas são aqui consideradas como expressão do princípio da liberdade, uma reivindicação de sujeitos que demonstram, a partir de suas experiências de vida e da apropriação do discurso científico quer pela negação da existência de uma desigualdade natural quer pela demonstração de uma desigualdade situacional, a existência de uma desvantagem injustificável surgida do preconceito e da discriminação ao largo da história. Aqui também a distinção tradicional entre esfera pública e privada não mais é sustentável. Isso não significa que a idéia de esfera pública burguesa não tenha sido importante para as lutas sociais daqueles que foram discriminados por serem considerados negros, mas que a dimensão das relações vividas como aparentemente privadas adquirem novas perspectivas.

Muito embora o debate sobre as cotas raciais tenha sido fixado, no senso comum e jurídico, como um debate sobre a aplicação do princípio da igualdade, pouco se tem dito sobre o problema da liberdade, e do discurso racial como uma resposta a reivindicação desse direito. Isso se deve, ao menos, a dois fatos complementares, apesar de aparentemente isolados. Primeiro, porque o princípio da liberdade ainda é retratado na linguagem da liberdade/impessoalidade e desvinculado de suas articulações com o princípio da igualdade. Segundo, porque na linguagem marxista que domina a historiografia sobre as lutas sociais, a liberdade é um falso direito ou um direito de segunda ordem, burguês, e a igualdade, a única questão. Como a opressão é econômica, a "liberação" é retratada na mesma perspectiva. Os atores sociais deveriam ser movidos pela busca de uma igualdade

material - entre o homem econômico e o homem revolucionário a distância é apenas aparente. Esses dois fatos induzem a conclusão de que não há lugar para um discurso sobre as diferenças na teoria constitucional, salvo se ela for reduzida a uma visão restrita da desigualdade, segundo a qual o direito intervém apenas para confinar a diferença ou para eliminá-la. No caso das cotas raciais, elas também afirmam uma diferença e, nem por isso, devem ser condenadas como uma anomalia jurídica, salvo se o ponto de partida for de uma teoria constitucional que se mantém naufragada no século XIX.

4 Pluralismo e Integração das “Minorias” no Estado-Nacional

Recentemente, o debate sobre liberdade e pluralismo foi reaceso no contexto europeu. As ideologias nacionais, consolidadas sob o modelo de pertencimento a uma identidade europeia (e branca), tiveram de se defrontar com demandas de grupos de imigrantes, não-europeus, os quais, embora formalmente considerados cidadãos e economicamente vinculados àquelas sociedades, eram excluídos porque se identificavam com “formas de vida” que não pertenciam à identidade dominante.

A experiência acumulada dos movimentos contestadores dos anos de 1960 e do que foi definido, a partir da década de 1980, como problemas de integração cultural provocou novas incursões teóricas sobre a tensão entre liberdade e igualdade e, de maneira mais específica, sobre a inclusão de sujeitos constitucionais diversos daqueles aparentemente identificados com a concepção do indivíduo abstrato, como sujeito de direitos. Trata-se de um debate sobre os muros que até então pretendiam definir os direitos de liberdade e, portanto, as manifestações do pluralismo.

Em conhecido artigo, “A Inclusão do Outro”, Jürgen Habermas revisitou as tradições filosóficas do liberalismo para enfrentar as novas demandas de grupos minoritários e o ressurgimento do nacionalismo na Europa.⁹⁷ A importância de seus argumentos para uma teoria constitucional, que não está mais ancorada na homogeneização ideológica produzida pelo Estado-Nacional e busca considerar o processo descalçante iniciado na Modernidade em relação às tradições culturais, não pode ser desconsiderada. Segundo o autor, são conhecidas duas alternativas

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. São Paulo: Loyola, 2002.

para a coesão entre grupos humanos que encontraram outrora coesão e sentido de pertencimento nas sociedades estamentais: uma solução na esfera da cultura ou uma solução na esfera das instituições e dos procedimentos democráticos. No primeiro caso, ela pressupõe a necessidade de uma homogeneidade nacional como condição necessária do poder democrático.

Segundo Habermas:

“A idéia da nação de um povo conduz à hipótese de que o demos dos concidadãos tem de se enraizar no ethnos dos membros de um povo, para poder estabilizar-se como uma associação política de jurisconsortes livres e iguais. Segundo se diz, a força vinculativa da comunitarização republicana é insuficiente para isso. A lealdade do cidadão precisa de uma ancoragem na consciência da solidariedade do povo, marcada por uma primordialidade natural e pelo desino histórico.”⁹⁸

No segundo caso, a concepção republicana, procedimentalista e orientada para o futuro, defende a possibilidade de formação de uma vontade coletiva mesmo entre estranhos, desde que respeitados os padrões procedimentais. Logo, pressupõe o reconhecimento da igualdade entre os integrantes da comunidade política e a possibilidade de uso público da razão que decorre da garantia do direito à liberdade. Neste caso, “o próprio processo democrático” seria capaz de “assumir o papel fiador de falta da integração social, numa sociedade que cada vez mais se diferencia internamente”. De tal modo que o ônus da integração nas sociedades pluralistas “não pode ser desviado do nível da formação da vontade política e da comunidade pública e aberta para o substrato cultural, aparentemente de origem natural, de um povo supostamente homogêneo.”⁹⁹

A alternativa procedimentalista, construída no século XVIII, deriva da noção de nação como sinônimo de “um povo de um Estado, que se constitui como tal, na medida em que ele se confere uma constituição democrática”. Por sua vez, alternativa substancialista, nasce no século XIX em concorrência com a anterior, e para ela:

“A soberania popular pressupõe um povo que, em contraste com a ordem artificial do direito positivo, projeta-se para o passado como algo organicamente crescido: o ‘povo’, que é considerado o sujeito do poder constituinte nas

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. São Paulo: Loyola, 2002, p. 150.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. São Paulo: Loyola, 2002, p. 152.

democracias, não obtém a sua identidade apenas a partir da constituição que ele se confere. Essa identidade é muito mais um fato pré-constitucional, histórico. Certamente contingente, mas nem por isso aleatório, muito mais, indisponível para aqueles, que acham que pertencem a um povo.”¹⁰⁰

A alternativa procedimentalista está associada ao pensamento de Rousseau e Kant, já a alternativa substancialista pode ser identificada com o pensamento de Carl Schmitt, analisado adiante.¹⁰¹ Segundo Jürgen Habermas:

“Dos pontos de vista de Kant e de um Rousseau bem entendido, a autodeterminação democrática não possui o sentido coletivista e ao mesmo tempo excludente da afirmação da independência nacional e da concretização da singularidade nacional. Mais do que isso, tem o sentido de inserção de uma autolegislação que inclui uniformemente todos os cidadãos. Inserção significa que tal ordem política se mantém aberta para equiparar os discriminados e para incluir os marginalizados, sem confiná-los na uniformidade da comunidade homogênea de um povo. Para isso é significativo o princípio da voluntariedade; a nacionalidade do cidadão fundamenta-se em seu consentimento, pelo menos implícito. A visão substancialista da soberania popular refere ‘liberdade’ essencialmente à independência externa na existência de um povo; a visão procedimentalista, por sua vez, refere-se à autonomia privada e pública, uniformemente garantida internamente a uma associação de jurisconsortes livres e iguais.”¹⁰²

Como se nota, o problema da diferença estava inicialmente articulado com o tema da legitimidade da Constituição, que repercutia diretamente na nacionalidade, vale dizer, com a definição das fronteiras entre excluídos e incluídos na esfera dos direitos afirmados juridicamente. Segundo Habermas, nem mesmo Kant colocou a questão da “composição legítima da comunidade básica dos cidadãos”, ou seja, não enfrentou o tema da definição de “quem de fato pode fazer uso do direito, com quem, onde e quando, nem quem pode associar-se numa comunidade autodeterminada, sobre o fundamento do contrato social”.¹⁰³ A solução mais comum será encontrada na idéia de auto-legislação e da referência a uma geração de fundadores que se elabora uma constituição. Essa solução faz com que os

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 152.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 153.159.

¹⁰² HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 159.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 159-160.

participantes se qualifiquem retrospectivamente como povo de um Estado e, através da práxis constituinte, se constituam numa nação. Porém, essa solução torna-se problemática quando as questões, “de fronteira” passam a ser objeto da disputa, ou seja, “quando os cidadãos tiveram de lutar para conquistar liberdades republicanas contra o próprio governo, quer dizer dentro das fronteiras de um Estado existente, seja contra um senhor colonial que tinha demarcado ele próprio as fronteiras da desigualdade.”¹⁰⁴

Quando se observam as duas alternativas, diante do acaso histórico que conduz a formação dos Estados, constata-se que, enquanto a alternativa procedimental destaca a “contingência dessas fronteiras”, a alternativa substancialista propõe a idéia de “uma nação de origem primordial para vencer essa contingência”, ornando as fronteiras com “uma aura de substancialidade simulada, legitimando-as através de relações artificiais”¹⁰⁵ alternativa substancialista intenta dar uma fundamentação coletiva ao direito. Ela compreende a autodeterminação democrática “com o sentido da auto-afirmação e da auto-realização coletivas” de tal modo que: “ninguém pode realizar seu direito fundamental a uma série de direitos fundamentais iguais fora do contexto de um povo constituído em nação, que goza de independência enquanto Estado.” Desse modo, ela é capaz de “conferir retroativamente força normativa ao sucesso factual dos movimentos de independência nacional”. O “Povo se qualifica para o direito à soberania nacional pelo fato de se definir como povo homogêneo” e poder controlar as fronteiras que decorrem de tal assertiva.¹⁰⁶

Entretanto, a idéia de homogeneidade contradiz a idéia de voluntariedade e leva a “consequências normativas indesejáveis” que o próprio Carl Schmitt não se preocupava em ocultar. Na síntese feita por Habermas:

“Um Estado nacionalmente homogêneo apresenta-se então como algo normal; um Estado, ao qual falta essa homogeneidade, tem algo de anormal, algo que se constitui em ameaça para a paz. A pressuposição de uma identidade coletiva indisponível acaba forçando a políticas repressivas, seja de assimilação coercitiva de elementos estranhos, seja de preservação da pureza do povo, mediante apartheid ou limpeza étnica, pois ‘um Estado democrático perde(ria) sua própria

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. São Paulo: Loyola, 2002, p. 160.

¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. São Paulo: Loyola, 2002, p. 160-161.

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. São Paulo: Loyola, 2002, p. 161.

substância por um reconhecimento conseqüente da igualdade geral entre os seres humanos no âmbito da vida pública e do direito geral'. Além das medidas preventivas para o controle da admissão de estrangeiros, C. Schmitt fala ainda na 'submissão e evacuação da população heterogênea', assim como em sua segregação geográfica, ou seja, na instalação de protetorados, colônias, reservas, homelands etc."¹⁰⁷

Para Habermas, versões substancialistas, ainda que evocadas em nome de grupos sociais oprimidos, ao construírem Estados-Nacionais, retomam sempre procedimentos etnocidas. Portanto, a questão não estaria na possibilidade de que grupos étnicos possam se conferir uma Constituição, mas no fato de que a "independência se legitime a partir do direito individual de cada cidadão a viver em liberdade, de acordo com as leis". De igual modo, "nos casos gritantes de domínio estrangeiro e de colonialismo, a injustiça contra a qual se dirige uma resistência legítima não surge da infração de um direito supostamente coletivo à autodeterminação nacional, mas da infração de direitos fundamentais individuais." Vale dizer, o que legitima o direito de secessão é o fato de que "o poder central de um Estado nega seus direitos a uma parte da população".¹⁰⁸

Todavia, a leitura liberalista da autodeterminação democrática mascara um problema atual da versão procedimental: o das minorias "inatas". Ou seja, ainda que se considere o potencial universalizante do direito como forma de reconhecimento intersubjetivo, restaria considerar que:

"O problema das minorias 'inatas' explica-se pelo fato de que os cidadãos, mesmo quando observados como personalidades jurídicas, não são indivíduos abstratos, amputados de suas relações de origem. Na medida em que o direito intervém em questões ético-políticas, ele toca a integridade das formas de vida dentro das quais está enfronhada a configuração pessoal de cada vida. Com isso entram em jogo - ao lado de considerações morais, de reflexões pragmáticas e de interesses negociáveis - valorizações fortes, que dependem de tradições intersubjetivamente compartilhadas, mas culturalmente específicas. As ordens de direito também são, em seu todo, 'eticamente impregnadas', porque interpretam o conteúdo universalista dos mesmos princípios constituintes de modo diferente em cada caso, a saber, no contexto das experiências de uma história nacional e à luz de

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 161-162.

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 161-162.

uma tradição, uma cultura e uma forma de vida historicamente predominantes. Na regulação de matérias culturalmente delicadas, como por exemplo a linguagem oficial, os currículos da educação pública, o status das igrejas e das comunidades religiosas, as normas do direito penal (por exemplo quanto ao aborto), mas também em assuntos menos chamativos, como por exemplo a posição da família dos consórcios semelhantes ao matrimônio, a aceitação de normas de segurança ou a delimitação das esferas pública e privada - em tudo isso reflete-se amiúde apenas o auto-entendimento ético-político de uma cultura majoritária, dominante por motivos históricos. Por causa de tais regras, implicitamente repressivas, mesmo dentro de uma comunidade republicana que garanta formalmente a igualdade de direitos para todos, pode eclodir um conflito cultural movido pelas minorias desprezadas contra a cultura da maioria. (...)

Uma nação de cidadãos é composta de pessoas que, devido a seus processos sociais, encarnam simultaneamente as formas de vida dentro das quais se desenvolveu sua identidade - e isso ocorre mesmo quando, como adultos, eles se libertaram das tradições da sua origem. Naquilo que é relevante para seu caráter, as pessoas são como entroncamentos numa rede adscritícia de culturas e tradições. A composição contingente do povo de um Estado, a unidade política, na terminologia de Dahl, determina também implicitamente o horizonte das orientações de valor, dentro do qual ocorrem os conflitos culturais e os discursos do auto-entendimento ético-político. Junto com a composição social da cidadania também muda esse horizonte de valores.¹⁰⁹

O caminho a ser percorrido, segundo Habermas, não é, porém, de fechamento ou essencialização da cultura majoritária ou minoritária, mas o reconhecimento do caráter aberto, auto e hetero-reflexivo das culturas na Modernidade:

“A coexistência com igualdade de direitos de diferentes comunidades étnicas, grupos lingüísticos, confissões religiosas e formas de vida, não pode ser obtida ao preço da fragmentação da sociedade. O processo doloroso do desacoplamento não deve dilacerar a sociedade numa miríade de subculturas que se enclausuram mutuamente. Por um lado, a cultura majoritária deve se soltar de sua fusão com a cultura política geral, uniformemente compartilhada por todos os cidadãos; caso

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 165/167.

contrário, ele a ditará a priori os parâmetros dos discursos de auto - entendimento. Como parte, não mais poderá constituir-se em fachada do todo, se não quiser prejudicar o processo democrático em determinadas questões existenciais, relevantes para as minorias. Por outro lado, as forças de coesão da cultura política comum - a qual se torna tanto mais abstrata quanto mais forem as subculturas para as quais ela é o denominador comum - devem continuar a ser suficientemente fortes para que a nação dos cidadãos não se despedace."¹¹⁰

A solução de Habermas coincide com um momento importante do reconhecimento da diferença. De um lado, o debate sobre as características do povo como condicionantes da interpretação do direito parte da essencialização do povo/nação e tende a conduzir a formas graves de exclusão. Essa versão substancialista, ao idealizar o povo, está articulada, como se verá adiante, com uma visão que opõe democracia e constitucionalismo, ou seja, pressupõe que a vontade popular somente pode ser realizada com a supressão dos direitos fundamentais, em especial da liberdade. Quando se observa que as versões do que seja o Povo, compreendido como uma essência física ou espiritual, são construções artificiais que, ao invés de apenas reconhecer fronteiras, estabelecem fronteiras de auto-compreensão, descobre-se por que os discursos que tratam de conflitos entre direitos nas relações sociais são percebidos como ameaçadores. De fato, ao articularem pretensões, os conflitantes apresentam-se como portadores de interesses distintos e, ao mesmo tempo, interpretam a situação com uma forma de registro que liga a compreensão do fato e do direito a uma memória pessoal sobre a realidade vivida. Ainda que o modelo individualista de direito condicione essa memória vivida pela procedimentalização, é inerente a essa estrutura de direitos a possibilidade de opor seus direitos não apenas aos demais integrantes da comunidade, individualmente considerados, mas a todos em conjunto. Versões

¹¹⁰ "Em geral, a discriminação não pode ser abolida pela independência nacional, mas apenas por meio de uma inclusão que tenha suficiente sensibilidade para a origem cultural das diferenças individuais e culturais específicas. O problema das minorias 'inatas', que pode surgir em todas as sociedades pluralistas, agudiza-se nas sociedades multiculturais. Mas quando estas estão organizadas como Estados democráticos de direito, apresentam-se. Todavia, diversos caminhos para se chegar a uma inclusão 'com sensibilidade para as diferenças': a divisão federativa dos poderes, uma delegação ou descentralização funcional e específica das competências do Estado, mas acima de tudo, a concessão de autonomia cultural, os direitos grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das maiorias. Através disso, dentro de determinados territórios e em determinados campos políticos, mudam as totalidades fundamentais dos cidadãos que participam do processo democrático, sem tocar nos seus princípios." HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. São Paulo: Loyola, 2002, p. 166-167.

substancialistas, ao contrário, requerem um acordo prévio sobre os valores que não decorrem da procedimentalização do conflito, mas de elementos extrajurídicos que não poderiam ser controlados por procedimentos democráticos que assumissem a herança do constitucionalismo.

Por outro lado, a versão substancialista, como se verá nos capítulos seguintes, tem um forte compromisso histórico, atualmente rejeitado em nosso constitucionalismo. Víncula-se a uma forma primária de compreender a diferença que é rejeitada não apenas por matrizes constitucionais que consideram portadores de direitos os seus nacionais, mas, sobretudo, com matrizes constitucionais, como a brasileira, que conferem mesmo aos estrangeiros, independentemente da nacionalidade, o gozo inalienável de direitos fundamentais, como se percebe no caput do art. 5º. O reconhecimento de direitos fundamentais e a própria atribuição da nacionalidade depende menos de um enraizamento numa diferença local do que numa abertura para princípios universalistas, convertidos em procedimentos, que não podem se comprometer com a identidade entre povo e raça, povo e cultura etc.

O segundo ponto importante da articulação de Habermas é o reconhecimento de que há nas soluções constitucionais procedimentais um particularismo universalizado. Entretanto, sua percepção é mais restritiva do que aparenta. O autor encontra, como causa genérica da existência de particularismos, as formas pelas quais o sistema jurídico se acopla ao sistema social; vale dizer que inevitavelmente um sistema constitucional absorve elementos de um meio ambiente onde maiorias políticas impregnam as normas jurídicas com suas identidades culturais, sociais, econômicas etc. Concomitantemente, faz referência a fenômenos de longa duração, como o colonialismo e os problemas da fundamentação do poder constituinte nos movimentos de independência nacional, e ao problema da existência de, frise-se, minorias, excluídas do sistema de direitos.

A prática das Cortes Constitucionais demonstra, porém, que a impregnação de valores não decorre apenas do enraizamento do direito ao sistema social local. Ao contrário, as Cortes Constitucionais costumam ter diante de si uma herança que coincide com os casos debatidos em outras Cortes estrangeiras. Nas Cortes dos países periféricos, essa perspectiva externa absorve a cultura jurídica dos países centrais onde viceja uma cultura ocidental de origem européia. Embora a proximidade geográfica não devesse servir de critério, o fato é que países com

trajetórias históricas muito mais próximas poderiam também servir na comparação de problemas novos. Seria o caso, por exemplo, da Constituição Federal Brasileira em relação aos países latino-americanos em que há comunidades indígenas e quilombolas semelhantes. Não é isso o que ocorre. Nesses países, há um particularismo universalizado que é reeditado em cada novo processo de reatualização prática. Observe-se, não se defende aqui que o direito constitucional argentino seria mais útil do que o direito europeu, mas que a possibilidade constitucional européia articula uma memória constitucional que, antes de mais nada, conduz as encruzilhadas vivenciadas naquela sociedade. Todas as tradições constitucionais, levando-se a sério as afirmações de Habermas, estão impregnadas de particularismos, porém a seletividade na escolha desses representa formas de delimitação da compreensão dos direitos fundamentais de igualdade e liberdade, um modo específico de particularismo articulado à idéia de universalidade.

Os fundamentos filosóficos das versões procedimentais são eles mesmos históricos e, como tais, são formas culturais que vem impregnadas de particularismos explícitos ou não, o que sequer é mencionado por Habermas. Uma crítica sobre a existência de particularismos na alternativa procedimental não deveria tomar como ponto de partida a auto-crítica a partir do ponto de vista das minorias inatas? Em outras palavras, a forma como Kant ou Rousseau retrataram os indígenas não é um componente a ser revisado quando se pretende (re)encontrar um lugar para a articulação de direitos dessas populações?

Observe-se que a crítica cultural, nesse caso, é uma tarefa que transcende os limites estreitos das capacidades individuais e somente poderia adquirir alguma consistência na medida em que ela se transforma numa forma institucionalizada de compreender os destinos de uma tradição, ou seja, quando essa tradição, ao invés de fixar sua transformação do ponto de vista interno, auto-compreende-se em relação às suas fronteiras, suas margens, como se disse, seus bárbaros. Tais questões tampouco se resumem a simplificação de uma acusação binária de, por exemplo, Kant ser ou não etnocêntrico, racista, sexista etc., mas de revisitar a formação de seu pensamento diante de uma série de limitações que sua tradição, sua formação e seu tempo lhe impõem. Nesse caso, o ponto de partida é a própria tradição ocidental em seu momento crítico de luta contra o preconceito e desacralização das tradições, percebendo-se que as tradições, quando em crise ou

transformadas em ideologias, podem adotar uma posição cada vez mais fixada num “particularismo defensivo”.

Há um elemento dessa crítica cultural que é retomada e desafiada nas páginas seguintes e que diz respeito, em certa medida, ao componente espacial que tomam as expressões particularistas e universais. Particular parece estar identificado como algo que se passa num local determinado e universal; ao contrário, como algo que pode estar em todos os lugares ou pode, desde um local, ter a potencialidade de se expandir a outros locais. Como se afirma adiante, as tradições ocidentais modernas nascem em relação, ou seja, são tradições cuja força propulsora é um processo de diferenciação interna impregnada pela consciência de um passado e de um presente plurais. Não são tradições que são decorrentes do isolamento geográfico, mas da mundialização. Em outras palavras, a resposta de Kant não seria a resposta a problemas filosóficos propostos por uma tradição europeia ou por um mundo europeu, mas a invenção da identidade europeia e do espaço europeu. Nesse caso, o que se passa no mundo não é a periferia do pensamento universal, mas a razão pela qual esse pensamento se auto-compreende como universal.

Nesse sentido, embora não desconheça, Habermas não leva em conta o colonialismo como realidade. A forma como o direito ocidental foi introduzido nas Américas ou na África, e com ele a teoria política constitucional, não é um processo que possa ser descrito apenas como adoção ou não adoção de modelos constitucionais. O enraizamento de modelos procedimentais, por exemplo, enfrentou tarefas maiores em termos de acoplamento social. Isso porque a herança colonial foi a de sociedades profundamente hierarquizadas e autoritárias. O colonialismo, ao mesmo tempo em que a Europa tentava se libertar das ordens estamentais, recriou aqui novas formas de desigualdade e silenciamentos. Sob a pretensão de ser universal, a alternativa procedimental desconsiderou não apenas as minorias no contexto europeu - como parece indicar Habermas -, mas também todas as particularidades culturais dos povos conquistados e ocultou o fato de que a aceitação da condição de sujeito de direito pressupunha a identificação racial e cultural com os povos europeus. Ao contrário de sua auto-imagem universalizante, a prática desse paradigma representou também a difusão de um particularismo bem mais excludente. Aos índios não foi negado apenas o direito à ocupação das terras, segundo seus usos e costumes, mas o próprio direito à propriedade, segundo as

formas de aquisição do direito ocidental local. Aos negros, muito embora associados ao trabalho forçado da escravidão, negou-se, quando da formação do mercado de trabalho livre, a identificação com a condição de “bom trabalhador” e a “capacidade” de executar tarefas complexas e de gerenciamento da atividade produtiva.

A redescoberta da pluralidade no espaço europeu esteve marcada pela necessidade de convivência de diversas nacionalidades num mesmo espaço político, com a eclosão de fluxos de imigração no seio da comunidade econômica européia, com novos fluxos culturais, quer pela impossibilidade do monopólio da cultura por parte do Estado quer pela criação de um mercado globalizado de bens culturais e, de modo genérico, pelo enfraquecimento do Estado-Nacional diante dos processos de criação de novos blocos econômicos. Tal é o pano de fundo da “descoberta” habermasiana das minorias inatas.

Todavia, teria o pluralismo (as novas diferenças) emergido na Constituição Federal de 1988 pelas mesmas razões?

Quando se propõe uma comparação é necessário dizer o que pode ser comparado. Os fluxos de imigração, em alguns países europeus, são, como no caso francês, uma consequência direta da posição de império colonial do passado, ou, de forma genérica, uma consequência do maior desenvolvimento econômico auferido com o colonialismo. No entanto, nesses países não se vivenciou, salvo Portugal, o escravismo endógeno, muito embora tenham conhecido também a escravidão doméstica do negro.¹¹¹ A escravidão e o genocídio foram formas espacialmente externas, integradas internamente, porém, pelo colonialismo. A experiência americana está, nesse sentido, mais próxima da brasileira, entretanto, sequer a história constitucional americana segue esse modelo diacrônico de lidar com as diferenças, apontado implicitamente por Jürgen Habermas. Ao contrário, o que difere a Corte Constitucional Americana é o fato de que a matriz procedimental foi, desde o início, pressionada pelos problemas advindos do escravismo e do genocídio, desempenhando um papel central na construção do constitucionalismo.¹¹²

¹¹¹ MOURA, Clóvis. Dialética radical do negro no Brasil. São Paulo: Anita, 1994; MOURA, Clóvis. Sociologia do negro brasileiro. São Paulo: Ática, 1995.

¹¹² Sobre a Suprema Corte Americana, veja-se: CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. O Direito à Diferença. As Ações Afirmativas Como Mecanismo de Inclusão Social de Mulheres, Negros, Homossexuais e Pessoas Portadoras de Deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 107-200; GOMES, Joaquim Barbosa. O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas, p.15-58. In: SANTOS, Renato Emerson, LOBATO, Fátima. (Org.). Ações Afirmativas: Políticas Públicas contra as

O ponto de partida para compreender o papel das Cortes Constitucionais e dos intelectuais formadores da identidade nacional não é o de uma tradição sobre relações raciais, mas o de que a relação entre direito e escravidão dos modernos difere em muito da relação entre direito e escravidão dos antigos. A democracia americana não se estabeleceu recuperando a idéia naturalizada da sociedade grega, formada de cidadãos e mantida por escravos. Nem o pensamento grego ficou imune à existência da escravidão, nem a escravidão moderna era uma repetição da escravidão dos antigos gregos.¹¹³ Em outras palavras, a indiferença dos gregos para as hierarquias naturais foi construída com fundamentos distintos da indiferença dos modernos que podia e foi problematizada como prática ideológica. A teoria constitucional americana enfrentou a questão das “minorias inatas” de forma antecipada em relação aos europeus. De modo semelhante, as ex-colônias ibéricas tiveram de enfrentar a necessidade de justificar as hierarquias sócio-raciais do ponto de vista de um discurso religioso ou de um discurso sobre as identidades nacionais.

Em termos sintéticos, para a modernidade, na Europa, a tarefa do Estado foi de produzir um processo de homogeneização cultural, envolvendo comunidades locais num espaço social e cultural comum, capaz de permitir a emergência do mercado. Para a Modernidade, em países coloniais, o Estado assumiu, desde logo, a tarefa de gerir diferenças e, ao mesmo tempo, vincular as atividades de produção ao mercado internacional. O papel do Estado na gestão da diferença ia além de processos de socialização, como a difusão de um sistema de ensino comum, ou da construção de instituições para produzir uma memória comum, ou do incremento dos fluxos de comunicação material e cultural entre populações locais etc. A gestão da diferença, como tratado nos capítulos seguintes, alcançava uma política de extermínio, o controle do espaço de convivência, a ação direta sobre manifestações culturais e, particularmente, um domínio sobre a vida das populações, sobre a moral

desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003; SISS, Ahyas. Afro-Brasileiros, Cotas e Ação Afirmativa, Razões Históricas. Rio de Janeiro: Quartet, 2003, p. 114-119.

¹¹³ Sobre a particularidade da escravidão moderna, veja-se: MEILLASSOUX, Claude. Antropologia da Escravidão: o ventre de ferro e dinheiro. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1995; VAINFAS, Ronaldo. Ideologia e escravidão: os letrados e a sociedade escravista no Brasil Colonial. Petrópolis: Vozes, 1986; IANNI, Octávio. Escravidão e racismo. São Paulo: HUCITEC, 1988. Sobre a distinção do direito dos modernos e dos antigos, veja-se: VILLEY, Michel. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Sobre a influência da escravidão no pensamento grego, veja-se: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. Dialética do Esclarecimento. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

sexual, a reprodução, distribuição quantitativa, ou seja, formas de bio-poder conhecidas apenas mais tarde nos regimes totalitários.¹¹⁴

No caso brasileiro, o Estado assumiu, na medida em que organizava o mercado de consumo e de trabalho livre, um papel central na gestão da cultura ("nacional"). Ao mesmo tempo, tais períodos, retratados na literatura como de modernização conservadora, coincidiram com a construção de direitos sociais e um profundo controle do direito à liberdade. Em outras palavras, se o caráter social dos dispositivos da Constituição de 1988 devem ser destacados, como uma tentativa de realização da dinâmica do princípio da igualdade, a novidade na trajetória brasileira foi o fato de que a igualdade passa a ser articulada com o princípio da liberdade, permitindo a eclosão de novas formas de compreensão sobre suas dimensões, as quais estavam latentes, aprisionadas sob a tutela do autoritarismo. A redemocratização provocou profundas alterações nas políticas sociais, nas áreas da cultura e da educação, e que não podem ser atribuídas a forças externas.

O processo de redemocratização coincide com o desenvolvimento de uma sociedade civil articulada e apta à conquista de direitos. Até então, os momentos de modernização conservadora são retratados como uma cessão, por parte das próprias elites locais, de sua liberdade de ação política para um elemento mediador, a burocracia em expansão controlada por um ditador carismático, ou por setores específicos do Estado, como os militares. A engenharia política que precede os golpes de Estado na América-Latina pressupõe um período anterior em que a própria liberdade é vista como uma ameaça. Tais momentos articulam versões substancialistas de democracia com formas de modernização econômica que expressam tensões econômicas e demandas por igualdade, não apenas do setores mais desprivilegiados, mas também das elites locais, com o capital internacional. Os projetos de desenvolvimento nacional pretendem aparentemente uma redefinição dos pactos implícitos de subordinação da estrutura econômica local, mas encontram, na manutenção das desigualdades locais, seus limites.

Enquanto a alternativa procedimental enfatizou a liberdade como elemento da autonomia privada e pública de uma associação de jurisconsortes livres e iguais, a alternativa substancialista concebeu a liberdade como um problema referido à

¹¹⁴ Sobre o conceito de biopoder, vejam-se: HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001; FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. e Org. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

existência externa de um povo. Há nesse caso, um elemento decisivo para se entender as formas de gestão das diferenças pelo Estado-Nacional. A liberdade, na alternativa substancialista, é liberdade do coletivo, da possibilidade desse coletivo de expressar-se num Estado-Nação. Do ponto de vista do indivíduo, a única liberdade possível é a de já ter sido integrado a esse coletivo. Se há uma luta por reconhecimento nos projetos de desenvolvimento, é a contraditória luta pelo desaparecimento na comunidade nacional, a luta por ser reconhecido como parte da mesma massa que será interpretada em seus desígnios e conduzida a eles por um líder. É uma luta pelo desaparecimento da vontade individual, dependente, no máximo, da força coletiva externa que reconhece a integração do indivíduo como parte da mesma massa. Nesse sentido, as ideologias nacionais podem representar uma inclusão que nega direitos, integrando de modo subordinado os grupos normalmente excluídos dos procedimentos democráticos - negros e índios -, com a compensação simbólica de serem brasileiros, colombianos, venezuelanos etc.

As versões substancialistas foram utilizadas pelos regimes totalitários e com eles guardam estreita relação. Ao investigar o fenômeno do Totalitarismo, construído sobre alternativas substancialistas, Hanna Arendt afirma que o totalitarismo nasce do fim das classes, ou seja, do amálgama que surge do fim das diferenciações sociais, ou de uma indiferenciação.¹¹⁵ A ausência de liberdade individual vincula-se a uma igualdade substancial que se produz não de uma comunidade cultural, mas do fim dos vínculos culturais, os quais pressupõem diferenciações. É a unidade de uma comunidade ameaçada por ter sido atirada num processo de desintegração e não a unidade cultural "natural", como é projetado pelos discursos substancialistas. Simultaneamente, essa indiferenciação, essa igualdade da inexistência, facilmente se apóia numa indiferença com os elementos da massa, por fidelidade ao todo e, ao mesmo tempo, a ninguém. A unidade é, portanto, um artifício pressuposto (não é natural) e também uma estratégia de ação (logo, é eminentemente artificial).

A busca pela integração no Totalitarismo surge também como uma resposta ao que Max Weber identificou como "desencantamento do mundo". O desencantamento teria se produzido pela emergência de uma sociedade em que a

¹¹⁵ Sobre o totalitarismo, vejam-se: ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. Trad. Roberto Luis Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989; ARENDT, Hannah. Eichmann Em Jerusalém. Um Relato Sobre a Banalidade do Mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999; BAUMAN, Zygmunt. Modernidade e Holocausto. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

força vinculadora das antigas formas religiosas são postas à prova, diante da ciência e de uma sociedade transformada pela técnica.¹¹⁶ E, como se argumenta no segundo capítulo, o “desencantamento do mundo”, da “comunidade isolada”, resulta da mundialização do mundo e, com ela, da impossibilidade de controle da comunicação, das informações sobre as diferenças, por parte das instituições locais.¹¹⁷ A descoberta de outros mundos ameaça, pois relativiza a centralidade de um mundo, de concepções não questionadas e aparentemente eternas sobre quem e o que eram as comunidades locais na Europa. O relativismo surge como uma alternativa à potencial convivência com a diferença, primeiro no imaginário e depois física, mas que, de qualquer modo, não pode ser afastada. Porém, ele foi a única alternativa e a mais usada na história da humanidade. A outra alternativa buscou o reencantamento, sobretudo na construção do Estado-Nação. O reencantamento do mundo, todavia, não pode repetir a velha ordem, já destronada; ele somente pode ser produzido, não pode ser pressuposto. Numa sociedade em que a vida comunitária e local inexistem, vive-se um paradoxo absurdo para as sociedades naturalmente integradas, a produção da integração pela burocracia. O reencantamento deve ser produzido, valendo-se de uma das forças da racionalização da vida cotidiana, o próprio Estado, e da força integradora dos intelectuais que assumem a tarefa de interpretar a Nação.

Diante disso, pode-se usar contra Carl Schmitt seu argumento insistente de que os conceitos modernos foram somente formas laicizadas de conceitos religiosos, pois as soluções substancialistas seguem também a trilha das estruturas do pensamento religioso judaico-cristão. O líder é o pastor do rebanho que conduz os seus fiéis à terra prometida. A unidade do povo é a unidade no desígnio divino. O líder é o bom pai que mantém a família unida, unidade de nascimento, de sangue, de fé.¹¹⁸ Desse ponto de vista, a oposição dos nazistas aos judeus é uma oposição de concorrência, uma vez que a mística nazista evoca insistentemente os

¹¹⁶ Sobre o pensamento de Max Weber: ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. O Ícaro da Modernidade. Direito e Política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997. Sobre o impacto da ciência e da tecnologia: HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência como “Ideologia”. Lisboa: Ed. 70, 1968; RUSSEL, Bertrand. O impacto da ciência na sociedade. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

¹¹⁷ Veja-se sobre as transformações do sentido da comunidade: BAUMAN, Zygmunt. Comunidade, a busca da segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

¹¹⁸ Sobre as formas tradicionais de representação da autoridade política, veja-se: BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 116-117.

parâmetros que rejeita.¹¹⁹ Essa é uma das razões pelas quais as diversas versões do Totalitarismo poderão ser conciliadas com o catolicismo ou surgir como sedutoras ao camponês, ao místico religioso atordoado com o problema da salvação e aos defensores de modelos familiares patriarcais. Paradoxalmente, a versão substancialista do Estado-Nacional não surge apenas como uma solução para o problema da desagregação, mas como uma opção de sobrevivência de visões do mundo européias que teriam sido varridas pela modernidade caso não se tornassem elas mesmas ideologias de reforço da autoridade estatal.

O Estado-Nacional é o resultado da crise do desencantamento, porém, entendido num sentido mais complexo, como um processo no qual as memórias sociais e institucionais sobre a vitalidade de formas de encantamento não foram excluídas. Entretanto, a integração requerida, porque reinventada num mundo em processo de desencantamento, capaz inclusive de oferecer imagens ficcionais desse futuro, terá necessidade de acentuar a dimensão fratricida da herança religiosa. A idéia de uma identidade fundada na exclusão, na produção da diferença, de sacrifícios, é da fé, que se sabe ameaçada, e é produzida numa lógica moderna da consciência, não mais da fé, pois integra na sua própria formação o conhecimento sobre a existência sob ameaça. Daí a lógica binária do amigo/inimigo e suas consequências para a compreensão do conflito e das identidades.

O substancialismo, como relação dúbia da tentativa de produção de um encantamento pela ativação, por parte da burocracia estatal, de discursos e instituições, e das estratégias de sobrevivência de grupos sociais, espelha com mais veracidade as formas de apresentação estética do próprio poder nas formas de totalitarismo da primeira metade do século XIX. A Alemanha nazista, por exemplo, estava literalmente coroada pela idéia de império, embora o cenário de apresentação estivesse próximo do cinema.

Tais considerações servem para reforçar o argumento de que não há, de fato, uma alternativa substancialista, visto que, como demonstrou Friedrich Müller, o povo, na versão substancialista, somente pode assumir uma forma ideológica.¹²⁰ O substancialismo - ao recorrer a discursos sobre o passado e, especificamente, sobre

¹¹⁹ Sobre a concorrência do judaísmo e do Totalitarismo na fixação da memória, veja-se: WEINRICH, Harald. *Auschwitz e o esquecimento impossível*. In: WEINRICH, Harald. Arte e crítica do esquecimento. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2001, p. 249-330.

¹²⁰ Sobre a concepção de povo como ideologia, veja-se: MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

momentos da história em que as muitas tradições (re)inventadas passam a integrar a totalidade “povo” - sempre oculta elementos da pluralidade social que se pretende negar e, ao mesmo tempo, escolhas dentro dessa pluralidade, que indicam quais relações de poder são reforçadas.

A sedução provocada pelas ideologias nacionais não nasce apenas da necessidade de reencantar o mundo ou da ação das estruturas burocráticas racionalizadoras, mas também porque elas podem tocar na realidade cultural vivida por uma sociedade, embora o façam realçando estratégias de domínio. Ou seja, as versões substancialistas não deram uma resposta simplesmente ao problema da integração social, como também à integração conservadora, subordinada e seletiva. O pluralismo que ela retrata é um pluralismo construído com base na violação da igual consideração e da liberdade de expressão cultural. Nesse sentido, é compreensível que uma tradição nacional excludente possa elencar diferenças locais como integrantes de seu patrimônio ou que expressões culturais populares sejam alçadas à condição de nacionais. O substancialismo não é avesso ao plural, desde que esse plural seja integrado a um sentido histórico que é encarnado pelo Estado-Nação, isto é, desde que as “partes” não conflitem com o “todo” ou de que a diversidade humana não sirva para expressar a resistência diante da opressão.¹²¹

Enfim, a primeira vantagem da defesa de Habermas acerca da alternativa procedimental, apesar das críticas já formuladas, é permitir recolocar, num primeiro passo, em seu devido lugar, as análises sobre ethos nacional, cultura nacional, nacionalidade etc. Ao invés de análises duvidosas sobre a existência da unidade no espaço geográfico e humano onde se exerce a soberania de um Estado, a questão nacional se insere no terreno, sempre movediço, da distribuição de direitos. Ideologias nacionais, mais do que soluções para a integração social que, de fato, serão produzidas pela ação racionalizadora do Estado e do Mercado, tratam das formas como se distribui a cidadania, o acesso aos direitos fundamentais pela população de um Estado e a reação das populações a esses processos de integração. Em outras palavras, tratam dos filtros de inclusão e exclusão das alternativas de integração social das populações a partir do sistema jurídico.

¹²¹ Sobre resistência e cultura, vejam-se: BOSI, Alfredo. Dialética da colonização. São Paulo: Companhia das Letras, 1992; BOSI, Alfredo. Plural, mas não caótico. In: Literatura Brasileira – temas e situações. Alfredo Bosi (org.). São Paulo: Ática, p. 07-15, 1987; BOSI, Alfredo. Cultura como tradição. In: Literatura Brasileira: tradição/contradição. Alfredo Bosi (org.). São Paulo: Ática, p. 33-58, 1987.

Se, depois da crítica procedimental à visão substancialista, ainda restar a possibilidade de se falar de uma construção de imagens nacionais, elas deverão ser necessariamente plurais e capazes de expressar as tensões inerentes às trajetórias de exclusão geradas pela assunção de substancialismos precedentes, ou seja, a luta pela cidadania negada no passado e, como se verá adiante, dentro de um perspectiva de reconstrução contínua.

Sobre as visões substancialistas sempre pesará os riscos historicamente conhecidos das políticas da diferença como forma de exclusão, não apenas por seu conteúdo, mas pela forma como articularam a questão da diferença. Nesse sentido, o problema da ideologia nazista que servia ao totalitarismo não foi apenas o de ser antisemita, mas o de ser totalitária. Não por acaso, o reencontro com a história do Estado nazista redescobre novas vítimas tais como dissidentes políticos, homossexuais, pacientes mentais, artistas, portadores de deficiências físicas, ciganos etc.

Nesse sentido, afirmar que a sociedade brasileira é plural não significa pagar tributo a uma versão substancialista, passível de conviver com uma sociedade de não-cidadãos. As escatologias nacionais, construídas mais à direita ou mais à esquerda, dependem da busca de um sentido à história que conduz, inevitavelmente, ao enterro da cidadania como espaço do conflito e do respeito mútuo. Conviria, no caso brasileiro, reforçar a dimensão semântica da expressão “processos civilizatórios”, pois realça um fazer incompleto e uma pluralidade irreduzível ao uno, um antídoto para a simplicidade da identificação do nacional.

A segunda vantagem da alternativa procedimental decorre de uma intuição forte sobre as práticas constitucionais institucionalizadas que ela engendra, tema que se verá a seguir na concepção do direito como integridade, e, sobretudo, sobre as práticas de contestação social que dinamizam esse caráter auto-reflexivo dessa alternativa e seu caráter transversal. Há exemplos históricos dessa segunda intuição, pois a alternativa republicana procedimental, desde sua origem, abarcava contradições que permitiam sua reapropriação pelos excluídos da Modernidade. A imagem de um escravo preso por agitar uma bandeira da revolução francesa na

década de 1830 nas ruas do Rio de Janeiro ilustra, de maneira ímpar, a inversão simbólica que ela oferecia.¹²²

Igualdade e Liberdade, princípios estruturantes da República Francesa, foram postos em cheque justamente quando a Revolução do Haiti e as demais rebeliões de escravos e nativos fizeram desses princípios palavras explosivas da ordem colonial. Sincronicamente, no caso brasileiro, esse herói anônimo do constitucionalismo, naquele gesto, questionava as elites coloniais e européias que intentavam fixar o sentido da liberdade, para além dos limites geográficos da Europa, como sinônimo de respeito à propriedade. Para o escravo anônimo, pouco importava que a Revolução Francesa não tivesse realizado a igualdade e a liberdade prometidas, ou que as elites intelectuais revolucionárias negassem às suas bandeiras o conteúdo de origem; a bandeira Francesa era mais brasileira que o verde-dourado do Império, por expressar os sentidos de uma liberdade e de uma igualdade nascidas nas lutas do cotidiano, nas trajetórias de vida.

Não apenas isso, aquele gesto projetou momentos futuros dos sentidos de igualdade e de liberdade, em parte irrealizados no presente. De fato, ele permanece questionando uma elite intelectual que, ao retratar seu constitucionalismo, supõe não estarem os direitos de liberdade e igualdade realizados porque, no passado, a consciência histórica de seus sentidos ou não tinha nascido ou não poderia ser apreendida, quer por seu povo, identificado como uma massa inerte, quer por suas elites, isentas de qualquer responsabilidade sobre as opções valorativas.

Nesse sentido, a impregnação valorativa pode ser uma abertura do texto constitucional, como ocorre no caso brasileiro, para ideais universalizantes de proteção dos Direitos Humanos, os quais caminham tanto na direção de sua "universalização" quanto de sua "multiplicação". A proliferação de direitos ocorreu de três modos, como constatou Norberto Bobbio:

"a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na

¹²² SOARES, Carlos Eugênio Líbano. A Capoeira Escrava e Outras Tradições Rebeldes no Rio de Janeiro (1808-1850). São Paulo: Unicamp, 2002.

concreticidade de suas maneiras de ser em sociedade, como criança, como velho, como doente, etc.”¹²³

Neste último modo, a universalização abre-se para a referência a um “contexto social determinado”:

“a passagem ocorreu do homem genérico - do homem enquanto homem - para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção.”¹²⁴

5 Pluralismo na Democracia e no Constitucionalismo: A solução no Estado Democrático de Direito e no Totalitarismo para as Diferenças

Menelick de Carvalho Netto, ao tratar do debate entre concepções de democracia, como soberania popular, e do constitucionalismo como instrumento de realização de direitos fundamentais, relaciona-os à trajetória das formas de Estado. Desse modo, apreende o grau crescente de complexidade da tensão entre democracia e direitos fundamentais e da reconceitualização do Estado, na medida em que as experiências institucionais concretas para a realização de ambos os pólos aparentemente antagônicos vão, ao largo da história, apresentando suas insuficiências. Essa redefinição vincula-se diretamente à compreensão das formas de participação política, bem como à consideração dos sujeitos de direitos e completa as considerações de Habermas sobre a alternativa procedimental.¹²⁵

Trata-se neste ponto de considerar que a aceitação da existência de conflitos sociais em relação a narrativas quanto aos efeitos do preconceito e do racismo não viola a democracia nem a tradição constitucional, desde que se compreenda que o conflito integra a tensão entre democracia e constitucionalismo. Ao contrário, os discursos que tentam expurgar o conflito violentam tanto a democracia possível quanto o constitucionalismo. Diante da acusação de que as cotas raciais violariam o

¹²³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 67-68.

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68-69.

¹²⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). *A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 13-38.

Princípio Republicano da Igualdade, é indispensável esclarecer que não foram as tentativas de reconhecimento de violações da igualdade racial que conduziram à emergência do Totalitarismo, ao invés disso, este sempre pressupôs a negação de conflitos e tentou se apoiar em formas pré-políticas de consenso.

De fato, o suposto antagonismo inicial entre democracia e constitucionalismo partia do pressuposto de que:

“quanto mais democrático é um regime político, tanto mais a vontade popular impera e, portanto, tanto menos limites constitucionais são impostos a essa vontade e a suas decisões. Por outro lado, quanto mais limites constitucionais houver, tanto mais estreita é a possibilidade de se dar livre curso a tal vontade; tanto menos campo é deixado à deliberação dos representantes da vontade popular eleitos para o exercício cotidiano da tomada de decisões.”¹²⁶

A tensão se expressa de modo decisivo a partir da Constituição Alemã de Weimar (1919) que não se restringia apenas a organizar os poderes e afirmar a supremacia da lei para restringir direitos, mas pretendia representar a existência de alguns princípios fundamentais compartilhados que o exercício do poder constituinte do povo colocou na base da convivência civil.¹²⁷ A solução dada por Carl Schmitt à articulação entre liberalismo e democracia, ao analisar essa Constituição, é momento decisivo da teoria constitucional que pretendia ver uma cisão entre aqueles dois pólos.¹²⁸ Ele pretendeu recuperar a idéia de soberania popular, à qual a teoria constitucional do século XIX se opôs, pois tentava limitar a liberdade revolucionária que emergiu na Era das Revoluções. Ao partir da reconstrução do debate sobre o conceito de democracia, realizado pelos girondinos e jacobinos no curso da Revolução Francesa, o autor empreende uma severa crítica aos regimes da social democracia, nos quais predomina a democracia indireta, e busca tornar o

¹²⁶ O constitucionalismo tradicional, segundo autor: “quer pela via da tradição liberal, quer pela via da tradição republicana, quer no paradigma do Estado de Direito, quer no do Estado Social, enfocava essa tensão constitutiva do próprio constitucionalismo como uma oposição antitética.” CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 14.

¹²⁷ FIORAVANTI, Maurizio. Constitución de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 1999, p. 150.

¹²⁸ Sobre Carl Schmitt, veja-se:

conceito de democracia compatível com os regimes totalitários de massa, surgidos no início do século XX.¹²⁹

Nesse contexto, duas de suas teses são essenciais para a compreensão do tema do pluralismo e do reconhecimento da diferença.

A primeira diz respeito à incompatibilidade entre democracia e liberalismo, por serem “dois princípios políticos absolutamente heterogêneos”. Isso porque “a democracia parlamentar faz coexistir o princípio da identidade, próprio da forma democrática de governo, com o princípio da representação, que, por sua vez, é específico da monarquia”. O princípio do parlamentarismo teria sido instituído “por motivos de conveniência prática”, permitindo que alguns fossem encarregados de decidir no lugar do povo. Sua razão de ser estaria no liberalismo que “busca apreender a coerência enquanto sistema metafísico global”, idealizando “um processo de confrontação de opiniões, donde pode surgir a vontade política”, ou seja, no princípio de “a verdade pode ser encontrada a partir do livre embate das opiniões”, impedindo que se pudesse falar de uma verdade definitiva, mas tão somente “de uma simples função em uma eterna concorrência de opiniões”. Todavia, para Schmitt, o que define a democracia como soberania popular é a “identidade entre governantes e governados”, ou seja, “a democracia consiste na identidade da lei com a vontade popular”, podendo coexistir num “regime autoritário”. Como expressa Maurício Fioravanti: “Para Carl Schmitt uma constituição é democrática quando é capaz de representar e vivificar, no plano institucional e político, o sujeito constituinte que lhe deu vida, ou seja, o povo soberano.”¹³⁰

Nesse sentido, afirmava Carl Schmitt que o procedimento parlamentar seria incompatível com o desenvolvimento da democracia de massas e do Estado Total, marcado pela intervenção constante na esfera dos direitos em decorrência do impulso democrático. Ao contrário, o parlamentarismo permanecia fundado na exigência de que “se confiasse à esfera privada toda uma série de questões disruptivas concernentes à moral, à religião e à economia”, de modo a construir a distância dos interesses conflitantes particulares e a emergência do consenso racional. Ao invés de uma “neutralização” dos interesses, vivia-se agora à sombra de

¹²⁹ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la antiqüedad a nuestros dias. Madrid: Trotta, 1999, p. 150.

¹³⁰ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la antiqüedad a nuestros dias. Madrid: Trotta, 1999, p. 150.

uma crescente “politização” das relações sociais que trazia para o parlamento o conflito de interesses e esvaziava suas funções diante de outras esferas de decisão. Desse modo, a “consciência liberal do homem-indivíduo”, mostrava-se incompatível com a “homogeneidade democrática”.¹³¹

Na tentativa de recuperar o elemento político da Constituição - o povo soberano, que a teoria constitucional teria esquecido -, o autor partia da apologia do poder constituinte da Revolução Francesa, mas chegava à apologia do princípio da continuidade do Estado. Ao Chefe - representante eleito pelas massas - e à burocracia - vista como instância neutra - cabia a função de dar continuidade à soberania popular, diante de um parlamento mergulhado no dissenso. Para manter vivo o momento político, o Líder poderia agir fora dos limites do direito. Por essa via tortuosa, Carl Schmitt renovava a idéia da primazia do Estado sobre a Constituição.¹³²

O ataque de Schmitt, como demonstrou Chantal Mouffe, dirigia-se à idéia de pluralismo. O pluralismo, intrínseco ao ideário liberal e à modernidade, permanece “vinculado à recusa de uma visão única do bem comum identificado com uma substância”, passo que permanecia necessário na tese schmittiana.¹³³ Em outras palavras, Schmitt não estava disposto a aceitar a moldura da democracia moderna que combinava o liberalismo com a democracia, insistindo que a soberania popular não poderia ser plural, mas dependia da homogeneidade. Não compreende, ou não aceita, os pontos de partida e de chegada, a impossibilidade da existência de uma verdade absoluta que passou a constituir a esfera política na modernidade. Conforme a autora, “o que se encontra em jogo nessa recusa do pluralismo é uma recusa em se reconhecer a transformação da ordem simbólica que acompanha a emergência da modernidade; Schmitt fala a partir de um lugar que é, resolutamente,

¹³¹ SCHMITT, Carl. *Parlamentarisme et Démocratie*. Paris: Le Seuil, 1988. Citado por: MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 87-108, jul./dez. 1994. Publicação original: *Revue Française de Science Politique*, v. 42, n. 1, fev. 1992.

¹³² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion de la antiqüedad a nuestros dias*. Madrid: Trotta, 1999, p. 153.

¹³³ MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 87-108, jul./dez. 1994. Publicação original: *Revue Française de Science Politique*, v. 42, n. 1, fev. 1992.

pré-moderno". Isso porque para ele a modernidade não existiria e os conceitos modernos eram reedições das versões religiosas do passado.¹³⁴

Dáí concluir Mouffe que, em propostas políticas contemporâneas de matizes teóricas bem distintas, se constata:

"(...) o mesmo desconhecimento da característica específica da democracia moderna. Nas sociedades em que reina o pluralismo e onde a existência de conflito e divisão já se tenham tornado legítimas, não é mais possível que se conceba o povo como se se tratasse de uma entidade unificada e homogênea dotada de uma única vontade geral. É necessário repensar a política democrática a fim de que ela recolocque o pluralismo e a liberdade individual. A lógica democrática da identidade entre governantes e governados não pode, por si só, garantir o respeito aos direitos do homem - que são um elemento constitutivo do regime liberal democrático -, e não é senão graças à sua articulação com as instituições do liberalismo político que a lógica da soberania popular pode ser compatível com o pluralismo."¹³⁵

A segunda tese de Schmitt que interessa nesse contexto é a de que o individualismo, insito ao pensamento liberal, provocaria um impasse na política, pois não permitiria compreender "a formação das identidades coletivas". Isso porque para o autor "o critério do político, sua diferença específica, reside precisamente na relação amigo/inimigo, o que importa na criação de um 'nós' em oposição a um 'eles', e sempre se situa, pois, no campo das identificações coletivas." O consenso dependeria de atos de exclusão e a idéia de que ele poderia ser obtido, enviando o conflito de valores para a esfera privada, demonstrava-se inviável. "Ele revela que todo consenso se encontra fundado sobre atos de exclusão e indica precisamente os limites de todo consenso racional: a existência de um excluído impossível de ser eliminado."¹³⁶ A tentativa de anulação do político estava fadada ao fracasso, pois:

"o político não é domesticável. Sua energia advém, com efeito, de fontes as mais diversas e 'todo antagonismo religioso, moral, econômico ou de qualquer outra

¹³⁴ MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 87-108, jul./dez. 1994. Publicação original: *Revue Française de Science Politique*, v. 42, n. 1, fev. 1992.

¹³⁵ MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 87-108, jul./dez. 1994. Publicação original: *Revue Française de Science Politique*, v. 42, n. 1, fev. 1992.

¹³⁶ MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 87-108, jul./dez. 1994. Publicação original: *Revue Française de Science Politique*, v. 42, n. 1, fev. 1992.

natureza se transforma em antagonismo político desde que seja forte o bastante para provocar o reagrupamento efetivo dos homens em amigos e em inimigos.”¹³⁷

A democracia não poderia estar fundada em um aspecto procedimental e deveria estar fundada sobre a homogeneidade. Daí sua crítica à possibilidade de pensar o político como resultado de um contrato social, resultante da declaração de vontades individuais. Desse modo: “A vontade do Estado deve ser dada de início e não pode ser em nenhum caso o resultado de uma discussão; o povo deve poder expressar diretamente e sem mediações sua unidade política.”¹³⁸ Sem unidade política não haveria Estado.

Por fim, esclarece Mouffe:

“Em sua Teoria da Constituição, ele relaciona essa homogeneidade com o conceito de igualdade e indica que a forma política específica da democracia deve ser vinculada a um conceito substancial de igualdade. Essa igualdade deve, segundo ele, ser pensada como uma igualdade política, ela não pode se fundar sobre a indistinção de todos os homens, mas sobre a sua pertinência a uma determinada comunidade política. Essa comunidade política pode ser definida, no entanto, a partir de diversos critérios: raça, religião, qualidades físicas ou morais, destino ou tradição.”^{139 140}

Como afirma Schmitt:

“O inimigo também não é o adversário particular, que odiamos por sentimentos de antipatia. Inimigo é um conjunto de homens, pelo menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real, combatente, que se contrapõe a um conjunto semelhante. Inimigo é apenas o inimigo público, pois tudo que refere a

¹³⁷ MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 87-108, jul./dez. 1994. Publicação original: *Revue Française de Science Politique*, v. 42, n. 1, fev. 1992.

¹³⁸ MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 87-108, jul./dez. 1994. Publicação original: *Revue Française de Science Politique*, v. 42, n. 1, fev. 1992.

¹³⁹ MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 87-108, jul./dez. 1994. Publicação original: *Revue Française de Science Politique*, v. 42, n. 1, fev. 1992.

¹⁴⁰ Não se pode, nesse sentido, minimizar o racismo de sua obra. Ele incluía o argumento de que a tradição de direito público preconizada por Hans Kelsen era alheia à tradição alemão porque pertencente a uma tradição judaica. Veja-se RODRIGUES, Cândido Moreira. Apontamentos sobre o pensamento de Carl Schmitt: um intelectual nazista. Disponível em: www.cchla.ufpb.br. Acesso em: 23.10.2010.

tal conjunto de homens, especialmente a um povo inteiro, torna-se, por isto, público.”¹⁴¹

A unidade defendida por Schmitt aproxima-o do totalitarismo, pois ela deveria ser de natureza substancial, o que tornava impossível o reconhecimento do pluralismo. De fato, a democracia de Schmitt é possível apenas numa imaginária comunidade pré-social. A confusão entre Estado e Sociedade resta evidente. Não seria incorreto afirmar que o autor articula uma tese bem conhecida do pensamento racial, a de que o Estado é apenas a manifestação de uma unidade orgânica já anteriormente existente ou de que ele realiza o caráter natural de um grupo social.¹⁴²

Para Schmitt, a democracia possível numa sociedade, em que os direitos políticos foram massificados pelo sufrágio universal, seria a ditadura, pois somente ela:

“poderia viabilizar a construção manipulada da identidade entre o líder, o Führer, e as massas, o povo; apenas nesse regime seria possível fazer com que o povo acreditasse querer o que o líder, o governante, quer, e a esse governante incumbiria moldar a identidade constitucional, o povo, pelo controle total dos meios de comunicação e de discussão.”¹⁴³

Em posição oposta, a unidade requerida por uma democracia pluralista, segundo Mouffe, em posição complementar ao pensamento de Ronald Dworkin, requer apenas a “adesão aos princípios políticos do regime liberal democrático: a liberdade e a igualdade. É essa identificação com esses princípios que fará com que se busque o consenso no qual se afirme a cidadania democrática”. De um lado, “os procedimentos não são considerados como suficientes para criar a unidade política de uma democracia e na medida em que uma unidade mais substancial é requerida”, porém, de outro, “se reconhece que a vontade geral não pode jamais ser dada de forma imediata e sem a mediação de um certo número de procedimentos”.¹⁴⁴

¹⁴¹ SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 55.

¹⁴² Sobre o conceito de organicismo social, veja-se: BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminologia. Aproximación Desde Un Margen. Colômbia: Temis, 1993.

¹⁴³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p.17.

¹⁴⁴ MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 87-108, jul./dez. 1994. Publicação original: Revue Française de Science Politique, v. 42, n. 1, fev. 1992.

Portanto, a “realização completa da lógica da democracia, que é uma lógica da identidade e da equivalência, torna-se impossível pela lógica liberal do pluralismo e da diferença, já que essa última obsta o estabelecimento de um sistema total de identificações”¹⁴⁵. Porém:

“é precisamente a existência dessa permanente tensão entre a lógica da identidade e a lógica da diferença que faz da democracia um regime particularmente adaptado ao caráter indeterminado e incerto da política moderna. Pois é indubitável que é através da articulação do liberalismo com a democracia que a construir cada identidade como positividade e como diferença, subvertendo necessariamente, desse modo, o projeto de totalização ao qual visa a lógica democrática da equivalência.”¹⁴⁶

A tensão entre aqueles dois pólos, ao invés de negativa, torna-se, ao contrário, segundo a autora, produtiva, pois:

“é a existência dessa tensão entre a lógica da equivalência e a da diferença, entre o princípio da igualdade e o da liberdade e entre as nossas identidades de ‘indivíduo’ e de ‘cidadão’, que constitui a melhor garantia contra qualquer tentativa de realização tanto de uma sutura definitiva, quanto de uma total disseminação.”¹⁴⁷

Daí concluir Mouffe que:

“a realização plena da democracia seria precisamente o momento de sua própria destruição. Ela há de ser concebida, portanto, como um bem que não existe, como bem visado, que não pode ser jamais atingido completamente. E é no reconhecimento da impossibilidade de sua conquista total que a democracia moderna atesta que seu projeto se encontra permanentemente vivo e que o pluralismo a habita.”¹⁴⁸

Como adverte Menelick de Carvalho: “Em uma sociedade pluralista e complexa, não é mais possível, como na antiga teoria pré-moderna do bom governo,

¹⁴⁵ MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 87-108, jul./dez. 1994. Publicação original: *Revue Française de Science Politique*, v. 42, n. 1, fev. 1992.

¹⁴⁶ MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 87-108, jul./dez. 1994. Publicação original: *Revue Française de Science Politique*, v. 42, n. 1, fev. 1992.

¹⁴⁷ MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 87-108, jul./dez. 1994. Publicação original: *Revue Française de Science Politique*, v. 42, n. 1, fev. 1992.

¹⁴⁸ MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 87-108, jul./dez. 1994. Publicação original: *Revue Française de Science Politique*, v. 42, n. 1, fev. 1992.

a imposição de uma única perspectiva moral como a perspectiva moral da sociedade monocrática.”¹⁴⁹

Isso porque, segundo o autor:

“como nos revelam tanto a história do constitucionalismo como a história da democracia representativa, essa relação há que ser mesmo necessariamente complexa, paradoxal, pois só assim a imprescindível tensão entre os dois princípios pode se produzir e se tornar permanente, evitando tanto o desgaste do texto constitucional e a desestima à Constituição quanto a ditadura, a substituição da res publica pela res total.”

Como lembra Peter Häberle, a integração da res pública na interpretação constitucional pressupõe considerar que:

“Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como mero objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.”¹⁵⁰

Nesse sentido, pode-se afirmar que, assim como uma teoria da democracia não pode prescindir do constitucionalismo, o constitucionalismo transforma-se cada vez mais por uma leitura democrática. Como afirma Häberle:

“Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade em também o ‘concerto’ científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente.”

Um dos elementos dessa perspectiva redimensionadora do antagonismo entre democracia e constitucionalismo é o próprio sentido de Povo que, como lembra Häberle:

¹⁴⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 17. Isso porque, numa sociedade complexa, “ética e política se dissociam, se diferenciam e se especializam”. CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p.15.

¹⁵⁰ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 33.

“não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.”¹⁵¹

Trata-se, na perspectiva deste autor, de uma alternativa também aos dogmas clássicos da soberania popular. O Povo não pode ser aquilo que, sob uma concepção de soberania popular de Rousseau na qual era igualado em poderes equivalentes aos poderes divinos, passa a substituir o lugar que antes era ocupado pelo monarca¹⁵²:

“Povo enquanto uma dimensão determinada (verfasste Grösse) atua, universalmente, em diferentes níveis, por diferentes razões e em diferentes formas, especialmente mediante a cotidiana realização de direitos fundamentais. Não se deve esquecer que a democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o ‘domínio do cidadão’ (Herrshalt des Bürgers), não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular (Die Bürger-demokratie ist realistischer die Volks-DemoKratie).¹⁵³

¹⁵¹ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 37.

¹⁵² HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 39. No texto, a citação completa é: “Não quer significar a ‘destronização’ ou deposição do Povo. Tal idéia corresponde, todavia, à concepção de soberania popular de Rousseau, que atribui ao Povo poderes equivalentes aos poderes divinos. Povo enquanto uma dimensão determinada (verfasste Grösse) atua, universalmente, em diferentes níveis, por diferentes razões e em diferentes formas, especialmente mediante a cotidiana realização de direitos fundamentais. Não se deve esquecer que a democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o ‘domínio do cidadão’ (Herrshalt des Bürgers), não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular (Die Bürger-demokratie ist realistischer die Volks-DemoKratie). A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Essa perspectiva é uma consequência da relativização do conceito de Povo - termo sujeito a entendimentos equivocados – a partir da idéia de cidadão! Liberdade fundamental (pluralismo) e não ‘o Povo’ converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. Essa *capitis diminutio* da concepção monárquica exacerbada de povo situa-se sob o signo da liberdade do cidadão e do pluralismo.”

¹⁵³ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 38.

Em outras palavras, na visão de Schmitt, a diferença deveria ser expulsa para o exterior do Estado Nacional. A negação do pluralismo e a identificação entre democracia e povo conduziam-no a concluir pela identificação entre igualdade e homogeneidade. Tal procedimento ideológico está potencialmente presente nas ideologias e práticas do Estado Nacional que, ao lidar com as tensões plurais, concebe-as como potencialmente destrutivas, chegando ao extremo da eliminação das diferenças, como no caso dos campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial. Ao mesmo tempo o Estado Nacional, depende da produção de uma diferença dentro da lógica do amigo-inimigo, que permita no jogo de oposição criar uma identidade para a pluralidade sempre irreduzível do social.

A perspectiva de Schmitt se funda na homogeneidade que se recria a partir da produção da diferença. Versões de identidades nacionais acabadas, não conflituais, remetem a esse mesmo jogo, em que o conflito é visto como um elemento negativo, potencialmente desencadeador da guerra. Isso somente pode ocorrer na medida em que se nega o universalismo aos demarcados como diferentes, ou seja, a universalidade do acesso aos procedimentos democráticos, inclusive judiciais, e a condição de portadores de direitos fundamentais. De fato, o que se nega aos que supostamente violam as tradições nacionais são os direitos básicos de igualdade e de liberdade.

Atualmente, como afirma Menelick de Carvalho Netto:

“Aprendemos dolorosamente que a democracia só é democrática se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria idéia de democracia. Do mesmo modo, não menos dolorosamente, aprendemos que o constitucionalismo só é constitucional se for democrático. A elaboração ou a apropriação técnico-burocrática do texto constitucional para moldar passivamente o povo como seu objeto, como objeto do Estado, como massa, é autoritarismo e, assim, a negação do próprio constitucionalismo. As instituições modernas são construções sociais de uma complexa, plural, móvel e mutável, que reprodutivamente se alimentam de sua própria mudança. Elas se destinam a buscar controlar de forma especializada determinados riscos, a possibilitar que problemas humanos sejam vistos como

humana e secularmente resolvidos, enfrentados. São essas instituições que devem possibilitar bons governos.”¹⁵⁴

Numa perspectiva republicana que incorpora de modo produtivo a tensão imanente entre democracia e constitucionalismo, como afirma Häberle, “a sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato.”¹⁵⁵ O problema dos riscos da consideração dos problemas não são questões que possam ser resolvidas fora da moldura procedimental. O apelo a um estado pré-social, supostamente democrático, ou inatingível pelo debate sobre a lesão de direitos fundamentais que serviria como modelo de interpretação constitucional se afigura como uma lesão potencial à visão democrático constitucional.

Em outras palavras, não há homogeneidade pré-social ou pluralidade pré-social que possa ser afastada ou que não deva ser tematizada como um risco à violação de direitos fundamentais. Como afirma Menelick de Carvalho Netto, as “instituições modernas são instituições constitucionais, porque devem prever (ver e tematizar os riscos) a possibilidade de garantir (estabelecer mecanismos de controle desses riscos) a igualdade e a liberdade de todos.” Complete-se, o maior risco da democracia constitucional, risco que lhe é constitutivo, é a sua não realização.

Convém retomar, novamente, o tema do pluralismo sob o enfoque dos novos sujeitos constitucionais que estão sendo tematizados. A reivindicação de direitos ou o reconhecimento da lesão de direitos fundamentais, realizados em nome de um lugar em que o pertencimento racial ou étnico é articulado como espaço de auto-compreensão de existência de trajetórias de formas de vida desprezadas ou de direitos fundamentais violados no presente ou no passado, não está em oposição à noção de democracia constitucional.

De fato, a maior ameaça democrática surge da argumentação do discurso anti-cotas, anteriormente referido, que nega a possibilidade constitucional a tais identidades. Ele pode ser considerado como mais uma articulação ideológica, não isolada, na qual se faz a repetição dos erros da concepção que tende a isolar

¹⁵⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 15.

¹⁵⁵ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 44-46.

democracia e constitucionalismo. Nesse sentido, nada há de estranho no fato de seus argumentos ora se voltarem para a idéia de uma lei geral, impessoal, em nome de um republicanismo, ora se referirem a uma forma particular do povo brasileiro, um ethos brasileiro, e ao mesmo tempo colocarem o tema do risco de uma sociedade dividida em raças, na medida em que a população negra, mediante organizações da sociedade civil, surge como um sujeito reivindicante.

No primeiro plano desses argumentos, está a velha temática da homogeneidade do povo, a referência a um estado pré-político, que nega a articulação do pluralismo no terreno da política. A seguir, a percepção da democracia como impessoalidade que desarticula a relação com o princípio da igualdade. A igualdade possível na República anti-cotas é a igualdade imaginária, no plano mítico simbólico. Por fim, o sedimento profético, e quase pré-moderno, do risco do pluralismo, o medo da pluralidade, como se ela fosse algo impossível de existir na democracia.

No segundo plano, está a forma fetichista como está retratado o valor de lei geral como sinônimo de democracia, o que é uma limitação do discurso anti-cotas, quer do ponto de vista da história constitucional, quer do ponto de vista do debate sobre o problema hermenêutico ou sobre as estratégias mediante as quais são reproduzidas formas de desigualdade.

O fetichismo legal supõe que as leis, ao considerarem diferenças, são racistas e, não as considerando, universalistas. Um exemplo da história constitucional americana ilustra a fraqueza desse argumento. Como lembra Fábio Konder Comparato, em 1787, quando se discutia a criação do Senado Americano, Charles Pinkney, representante da Carolina do Sul, insistiu: em seu Estado, no seio do povo, havia pouca diferença de fortuna e de posição social; o povo americano era composto de profissionais liberais, comerciantes e proprietários rurais. Porém, não fez qualquer referência ao contingente de escravos. Todavia, essa questão foi retomada no debate sobre o número de representantes na Câmara federal. Adotado o critério populacional, os sulistas pretendiam, paradoxalmente, que o número de seus escravos fosse computado. Ou seja, ora os escravos não existiam no povo, ora dele faziam parte. Enfim, o desconhecimento e o reconhecimento de que havia

peças escravizadas era uma estratégia de domínio, nada indicava sobre como essas pessoas eram tratadas.¹⁵⁶

De outra parte, como adverte Menelick de Carvalho Netto, a lei geral e abstrata tornou-se uma garantia central da democracia, capaz de subverter o antigo regime e suas ordens de privilégios, mas a vivência acumulada do constitucionalismo demonstra os riscos “de mitificação mágica dessa fórmula quando conjugada com a crença em uma racionalidade absoluta e mecânica.”¹⁵⁷ Isso porque:

“A validade da própria lei e de seus dispositivos específicos depende da sua coerência com os princípios que se encontram na base da (comunidade de princípios instituída pela) Constituição, ou seja, a validade da leitura do legislativamente aprovado deve ser condicionada pela melhor leitura dos princípios constitucionais em um amplo e contínuo debate público, difuso e institucional, que também leve em conta reflexivamente o nosso passado para melhor compreendermos os desafios presentes e não nos cegarmos quanto aos desafios futuros com que virá a se defrontar o nosso projeto comum. Desafios sempre postos de forma constitutiva a esse fluxo comunicativo que, hoje, em doutrina constitucional, denominamos ‘povo’”. “É mais do que tempo de nos emanciparmos da crença ingênua de que uma boa lei nos redimiria da tarefa de aplicá-la de forma adequada à unicidade e irrepetibilidade características das situações da vida, sempre individualizadas e concretas.”¹⁵⁸

A idéia dos riscos de uma visão de um país dividido ou da criação de leis racistas remete a incompreensão do processo de aprendizagem numa democracia constitucional. Em nossa vivência constitucional, há um aprendizado sobre o conteúdo dos dois princípios fundamentais, igualdade e liberdade, aos quais se é remetido para compreender o caso em que a lei será aplicada.

De fato, uma visão diacrônica das proibições constitucionais sobre raça na constituição de 1988 demonstra que elas não guardam qualquer relação com uma

¹⁵⁶

¹⁵⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 18.

¹⁵⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. Uma reflexão constitucional acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei. In: Veredas do Direito, v.1 – Janeiro/Junho de 2004. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2004, p. 70-71.

suposta proibição de existência de novos sujeitos que reivindicam a materialização dos dois princípios estruturantes. Ao contrário, foram esses sujeitos coletivos que fizeram inscrever no texto, mediante sua prática política, a proibição do racismo como expressão de uma doutrina, já fartamente conhecida em seus erros estruturais e seus efeitos concretos para a violação da dignidade humana.

Remover do espaço público doutrinas e opiniões racistas se afigura como essencial para que as populações discriminadas tenham a possibilidade de participar de um espaço público. De igual modo, a proibição do racismo não se apresenta como um limite à liberdade, mas como uma delimitação intrínseca que leva a sério o direito à liberdade. A proibição do racismo, de certo modo, acolhe o que já é reconhecido pela experiência histórica do constitucionalismo. Repudia-se a tentativa de produção da homogeneidade fundada na diferença, que foi o cerne das doutrinas sobre a supremacia branca.

Entretanto, ela não visa excluir a possibilidade de que, num modelo constitucional no qual o pluralismo é reconhecido, não se permita que sujeitos produzam uma auto-compreensão de que suas trajetórias existenciais foram violentadas em seu direito à liberdade e à igualdade.

Interpretar a proibição do racismo como proibição do reconhecimento de sujeitos que se constituem a partir da auto-compreensão de pertencimento a uma trajetória comum de exclusão implicaria concluir que as vítimas de atos de discriminação deveriam ser silenciadas em nome do repúdio ao racismo. O risco concreto e real, neste caso, é de construir um suposto modelo de democracia constitucional tolerante para com a violação de direitos fundamentais de determinados grupos sociais, instaurando, com o silenciamento do direito constitucional, hierarquias raciais.

Por sua vez, a idéia de riscos de descumprimento ou de abuso do direito de qualquer modelo de inclusão ou de reconhecimento de novos sujeitos é, sem dúvida, verdadeira, mas sua verdade não é aquilo que impede a possibilidade desse reconhecimento, pois o risco da violação do direito é inerente ao direito moderno, porque projetado para o futuro. Como adverte Menelick de Carvalho Netto:

“o Direito moderno, ao contrário do Direito antigo e medieval, é voltado para o futuro, é um Direito que só existe em razão da certeza de que será descumprido, e é aí, na hipótese de descumprimento de suas normas, que ele se torna mais visível,

por meio de sua imposição coercitiva pelo aparato policial, pelo Judiciário, assentando as expectativas de comportamento que compõem a normalidade social.”¹⁵⁹

Dispositivos normativos, elaborados em nome da homogeneidade ou da pluralidade, impõem riscos de violação. Eles não diferem no problema da violação, pois a essência da violação do direito continua sendo o abuso da igualdade e da liberdade que, de fato, devem ser debatidos em cada caso. Valeria lembrar Michel Rosenfeld, para perceber que os riscos de leis plurais são de que a pluralidade reconhecida não pode prever e resumir a pluralidade do futuro porquanto não se pode estar certo sobre quais serão as aberturas da identidade do sujeito constitucional. Entretanto, não saber tudo sobre algo não significa não saber nada. O conhecimento sobre os problemas do presente é sempre incompleto e insuficiente, mas esse risco não pode ser eliminado com a mera negativa quanto a sua existência. Por sua vez, leis criadas em nome da homogeneidade têm seu risco já conhecido, ao negarem uma pluralidade social, elas podem, como advertia Habermas, instaurar uma forma perversa de desigualdade e, de igual modo, elas são incapazes de prever a desigualdade do caso, como lembram os argumentos de Ronald Dworkin.

6 Pluralismo e Políticas de Reconhecimento na Alternativa Procedimental: Os Novos Sujeitos Constitucionais

No novo contexto político e social europeu, segundo Jürgen Habermas, a questão formulada pela visão “etnonacionalista da soberania popular” de como definir “a totalidade fundamental daqueles aos quais se devem legitimamente referir direitos” deveria ser esclarecida. De fato, resta saber se uma teoria individualista de direitos, tal como defendida na alternativa procedimental, poderia ser conciliada com “a disputa acerca da interpretação e imposição de reivindicações historicamente irresolvidas”, ou seja, com a “luta por direitos legítimos, nos quais estão implicados agentes coletivos que se defendem contra a desconsideração de sua dignidade”. Ou

¹⁵⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 24.

melhor, se a versão procedimental poderia ser compatível com a “luta por reconhecimento”, descrita por Axel Honneth, na qual “articulam-se experiências histórica de integridade ferida”.^{160 161}

Em relação às cotas raciais, no caso brasileiro, se a crítica à essencialização do povo afasta argumentos de nosso etnonacionalismo, a questão é a seguinte: o pluralismo procedimental republicano se opõe ou justifica levar a sério as reivindicações de direitos dos novos sujeitos que articulam um discurso sobre a raça? .

Segundo Habermas, ao se levar a sério a concatenação interna entre Estado de direito e democracia, fica evidente que o sistema de direitos não pode fechar os olhos “nem para condições sociais desiguais, nem muito menos para as diferenças culturais”. A política de reconhecimento deveria preservar a “integridade do indivíduo, inclusive nos contextos vitais que conformam sua identidade”. Nesse sentido, o caráter individualista do direito não deveria ser corrigido, mas realizado de modo coerente, e tal realização tem poucas chances de ocorrer “sem movimentos sociais e sem lutas políticas”. A trajetória do feminismo ilustra como os direitos de igualdade se desenvolveram numa dialética entre igualdade jurídica e factual.¹⁶²

A tensão desenvolvida entre concepções de igualdade e de liberdade e formas de intervenção estatal, desenvolvida adiante, é resumidamente a seguinte. A garantia da igualdade jurídica cria espaços de ação que podem ser utilizados de modo diferenciado e que, portanto, não fomentam a “igualdade factual de situações de vida ou das posições de poder”. Surge daí, a necessidade de que sejam preenchidos determinados pressupostos factuais de igualdade para que o sentido normativo da igualdade não seja invertido por completo. Porém, a equiparação necessária acaba resultando em intervenções padronizadoras de modo a limitar os beneficiários em “sua liberdade de conformar autonomamente a própria vida”. Este último desdobramento não pode ser resolvido com a mera defesa de dois paradigmas jurídicos definidos como opostos, o que visa assegurar a “autonomia privada”, o paradigma liberal, e seu oposto, o que visa garantir prestações sociais, modelo socioestatal. O paradigma socioestatal foi atacado não apenas por exigências “liberais irresolvidas”, mas também porque alguns dos programas

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 235.

¹⁶¹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 235.

provocaram conseqüências ambivalentes, ou seja, criaram por via reflexiva novas manifestações de discriminação.¹⁶³

O aspecto central desse último problema estaria nas classificações sobre-generalizantes, ou melhor, no modo como elas são construídas. Isso porque, como afirma o autor:

“As classificações ‘erradas’ levam a intervenções no modo de vida em questão, que o ‘normalizam’ e que permitem converter as almejadas compensações de perdas em novas discriminações, ou seja, permitem converter garantia de liberdade em privação de liberdade. Em áreas do direito feminista, o paternalismo socioestatal assume um sentido literal, já que o poder legislativo e a jurisdição se orientam conforme modelos tradicionais de interpretação, o que só corrobora esterótipos sobre a identidade de gênero ora vigentes.

A classificação dos papéis sexuais e das diferenças dependentes do gênero diz respeito a camadas elementares da autocompreensão cultural da sociedade. Só agora o feminismo radical toma consciência do caráter dessa autocompreensão, que se revela falível, profundamente questionável e carente de revisão. Ele insiste, e com razão, em que se devem esclarecer junto à opinião pública de caráter político, ou seja, em um debate público acerca da interpretação adequada das carências, os enfoques sob os quais as diferenças entre experiências e situações de vida de determinados grupos de homens e mulheres se tornam significativos para um uso das liberdades de ação em igualdades de chances. Por isso é possível, com base no exemplo dessa luta pela igualdade das mulheres, demonstrar de forma especialmente clara a imprescindível transformação da compreensão paradigmática do direito. Em lugar de uma disputa sobre a melhor forma de assegurar autonomia das pessoas do direito - ora por meio das liberdades subjetivas em prol da concorrência das pessoas em particular, ora mediante reivindicações de benefícios garantidas para clientes de burocracias de Estados de bem-estar social -, o que se apresenta é uma concepção procedimental do direito, segundo a qual o processo democrático pode assegurar a um só tempo a autonomia privada e a pública: os direitos subjetivos, cuja função é garantir às mulheres uma organização particular e autônoma da própria vida, não podem ser formulados de maneira adequada sem que antes os próprios atingidos possam articular e fundamentar, em discussões

¹⁶³ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. São Paulo: Loyola, 2002, p. 236.

públicas, os aspectos relevantes para o tratamento igualitário ou desigual de casos típicos.”¹⁶⁴

A tensão entre igualdade jurídica e factual não pode ser resolvida num modelo uniformizante proposto pelo paradigma socioestatal, tampouco sua crítica pode querer fazer retornar o direito a um modelo liberal. Como conclui Habermas:

“Uma leitura ‘liberal’ do sistema de direitos que ignore essa relação não tem saída senão entender erroneamente o universalismo dos direitos fundamentais enquanto nivelamento abstrato de diferenças, e de diferenças tanto culturais quanto sociais. Caso se queira tornar o sistema de direitos efetivo por via democrática, é preciso que se considerem as diferenças com uma sensibilidade sempre maior para o contexto. Ontem como hoje, a universalização dos direitos é o motor de uma diferenciação progressiva do sistema de direitos, sistema que logra manter segura a integridade dos sujeitos jurídicos, mas não sem um tratamento rigidamente igualitário (e monitorado pelos próprios cidadãos) dos contextos de vida de cada um, os quais originam sua própria identidade individual.”¹⁶⁵

Nem o esquecimento das diferenças, nem a uniformização autoritária das diferenças, mas a consideração das diferenças numa sensibilidade crescente ao contexto, procedimento somente realizável com a garantia auto-reflexiva da democracia. A partir de Habermas pode-se refletir que o caso é constituído por uma dinamicidade muito maior do que a referida na expressão “fato”. A intervenção sobre o fato, usual num marco científico positivista, presunha algo que estava completo e acabado no passado e propunha uma intervenção previamente estudada que poderia ser descrita em termos de causas e efeitos da intervenção sobre um objeto. Num modelo procedimental coerente, redescobre-se que o caso é dinâmico porque: a) a compreensão da realidade inclui não apenas o saber científico relativizado em sua pretensão de verdade, mas o próprio sujeito-objeto da intervenção que articula pretensões jurídicas com a produção de discurso públicos sobre atos de desconsideração factual; b) as formas de intervenção produzem efeitos, mas esses efeitos não são apenas os esperados, mas tantos outros de uma realidade que não pode ser controlada pelo direito ou pelo Estado, efeitos positivos inesperados e negativos inesperados; c) o que impõe a reconstrução contínua da intervenção, tanto em termos do saber científico relativizado quanto do debate público com os

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. São Paulo: Loyola, 2002, p. 236/237.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. São Paulo: Loyola, 2002, p. 237/238.

sujeito-objetos da intervenção; d) a eficácia das formas de intervenção não podem ser pressupostas, mas passam a depender do discurso destinatários que necessitam ser esclarecidos sobre os resultados.

Levar a sério pretensões jurídicas articuladas em "nome da raça" não conduz ao esgotamento do modelo procedimental e ao necessário retorno à alternativa substancialista quando se tem em conta que tais pretensões não são conferidas em nome de uma essência coletiva, mas em razão da necessidade de conceber o enfrentamento da igualdade factual em sua complexidade. A descoberta dessa complexidade se opõe aos *numerus clausus* dos sujeitos constitucionais tão comum das leituras à direita ou à esquerda, acostumadas a referirem-se a indivíduos ou a classes sociais.

A perspectiva de Habermas sobre as alternativas procedimental e substancialista para a soberania coincide com a necessidade de recolocar em questão, o conceito de povo e de sujeito constitucional como propõem Friederich Müller e Michel Rosenfield. A idéia de pluralismo evoca a pluralidade de sujeitos que estão presentes na noção de povo quando se pensa na interpretação de direitos constitucionais ou sobre como a idéia de sujeitos de direitos pode ocupar o lugar de povo soberano na construção dos direitos constitucionais. Tais questões permitem refletir se a proposta de limitar o sujeito e a matéria constitucionais - como faz o discurso anti-cotas, ao negar as reivindicações dos movimentos negros e as matérias que articulam direitos com base em desconsiderações percebidas em nome da raça ou de desigualdades situacionais provocadas pelo preconceito e a discriminação - é sustentável. Em outras palavras, se formas de auto-compreensão, relativas à noção de povo, podem ser utilizadas no âmbito da teoria constitucional para limitar a interpretação e a construção de novos direitos e o reconhecimento de novos sujeitos.

Nesse sentido, a questão não é mais saber se as demandas vinculadas às cotas raciais e os sujeitos que as reivindicam estão presentes no texto constitucional (muito embora se defenda que eles estejam tanto na referência aos afro-brasileiros quanto na abertura do texto aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos), mas se ainda que não estivessem explicitamente poder-se-ia reconhecê-los de forma legítima.

Segundo Michel Rosenfeld, “A identidade do sujeito constitucional (constitutional subject) é tão evasiva e problemática quanto são difíceis fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos”. Inicialmente, porque ela indica no idioma inglês tanto “aqueles que se sujeitam à Constituição” (os súditos) quanto “os elaboradores da Constituição” e, ainda, “a matéria que é objeto da Constituição (subject matter)”. A dificuldade reside também no fato de a “identidade constitucional ser propensa a se alterar com o tempo”, mas sobretudo na tendência a se encontrar “mergulhada em complexas e ambíguas relações com outras identidades relevantes; tais como as identidades nacionais, as étnicas e as culturais”.¹⁶⁶

Michel Rosenfeld dialoga com as tradições constitucionais estadunidenses, nas quais o texto permanece por gerações e suas mudanças correspondem a alterações, por via da integração, de grandes conflitos sociais, provocando, também por isso, a necessidade de uma reatualização interpretativa que é declarada e consciente. Por tal razão, o autor terá de enfrentar a um só tempo os argumentos sobre a indeterminação da interpretação jurídica e da compreensão da história.¹⁶⁷

Em suas palavras:

“Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades (de reconstrução) conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se buscar revelar linhas de continuidade.”¹⁶⁸

Ao mesmo tempo, a identidade constitucional mantém com outras identidades relações complexas, tanto de exclusão como inclusão. Ela é conformada “pelo respeito aos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade de expressão”.
Todavia:

¹⁶⁶ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

¹⁶⁷ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

¹⁶⁸ “Ainda que a efetiva, a real, intenção dos constituintes fosse plena e claramente acessível, permaneceria em discussão o quanto e em qual medida e extensão ela deveria ser relevante ou vinculante para uma determinada geração subsequente. E, dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída.” ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

“se desvinculados de todos os laços e identidades nacionais ou culturais relevantes, esses direitos constitucionais fundamentais permaneceriam por demais amorfos para permitir aplicações cogentes. Sem dúvida, como seria possível decidir, sem qualquer referência à identidade nacional ou cultural, se a igualdade constitucional requer a igualdade material ou de resultados ou apenas a igualdade formal ou de oportunidade? Ou se a liberdade de expressão do pensamento envolve o direito a proferir discursos extremistas?”¹⁶⁹

Essa relação de inclusão/exclusão e novas inclusões e exclusões compõem a dinâmica da identidade constitucional, desde o exercício do poder constituinte originário até o processo de interpretação/aplicação do direito. Desse modo:

“a identidade constitucional é problemática porque, além de permanecer distinta e oposta a outras identidades relevantes, é inevitavelmente forçada a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir a sentido suficientemente determinado ou determinável. Ainda que os constituintes tivessem podido evitar escrupulosamente se referirem a essas outras identidades ao elaborarem um texto constitucional amplamente fundado, traços das identidades deixadas de fora indubitavelmente se esgueirariam de volta ao corpus constitucional, como um subproduto da interpretação e da elaboração das normas constitucionais. Os intérpretes constitucionais não podem se despir completamente de sua identidade nacional ou cultural. Assim é que a questão-chave passa a ser a de como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das outras identidades relevantes contra as quais ela precisa forjar sua própria imagem, enquanto, ao mesmo tempo, incorpora elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior de seu próprio ambiente sócio-político.”¹⁷⁰

Diante da inutilidade de uma compreensão abstrata da identidade do sujeito constitucional e da impossibilidade de meramente defini-lo a partir de sua concretude, o autor defende a tese de que seria preferível:

“(...) considerar o sujeito e a matéria constitucionais (constitucional subject) como uma ausência mais do que como uma presença. Em outros termos, a própria questão do sujeito e da matéria constitucionais (constitucional subject) é estimulante

¹⁶⁹ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

¹⁷⁰ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

porque encontramos um hiato, um vazio, no lugar em que buscamos uma fonte última de legitimidade e autoridade para a ordem constitucional. Além do mais, o sujeito constitucional deve ser considerado como um hiato ou uma ausência em pelo menos dois sentidos distintos: primeiramente, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução; e, em segundo lugar, o sujeito constitucional (constitutional subject) sempre envolve um hiato porque ele é inerentemente incompleto, e então sempre aberto a uma necessária mas impossível busca de completude. Consequentemente, o sujeito constitucional (constitutional subject) encontra-se constantemente carente de reconstrução, mas essa reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa. Da mesma forma, de modo consistente com essa tese, a identidade constitucional deve ser construída em oposição às outras identidades, na medida em que ela não pode sobreviver a não ser que permaneça distinta dessas últimas. Por outro lado, a identidade constitucional não pode simplesmente dispor dessas outras identidades, devendo então lutar para incorporar e transformar alguns elementos tomados de empréstimo. Em suma, a identidade do sujeito constitucional (constitutional subject) só é suscetível de determinação parcial mediante um processo de reconstrução orientado no sentido de alcançar um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes acima discutidas.”¹⁷¹

O reconhecimento desse processo de abertura do sujeito constitucional apresenta-se como uma aquisição decisiva da teoria constitucional contemporânea. É o caso da perspectiva de Häberle ao afirmar que não existe norma jurídica, mas apenas norma jurídica interpretada, e, ao mesmo tempo, que: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição.”¹⁷² Desse modo, possíveis apreensões do conteúdo dos direitos estão vinculados às formas de participação de sujeitos plurais,

¹⁷¹ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

¹⁷² HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 13.

transformando o processo constitucional em parte integrante “do direito de participação democrática”.¹⁷³

Entretanto, convém explorar um pouco mais a razão pela qual Michel Rosenfeld conclui que o lugar de sujeito constitucional não pode ser ocupado por um sujeito concreto, ontologizado, para que se possa apreender os limites de qualquer retórica sobre os direitos de participação democrática. O autor toma como exemplo a trajetória do constitucionalismo americano e dos limites históricos que a expressão povo ocupa na versão do poder constituinte originário:

“A unidade de ‘Nós, o Povo’ quando abordada de um ponto de vista mais concreto, no entanto, fragmenta-se. Por um lado, os autores da Constituição Americana de 1787, um grupo de homens brancos e proprietários, não representavam de modo algum todos aqueles que estariam sujeitos às suas prescrições constitucionais. Por outro lado, quando se contextualiza a assertiva ‘Nós, o Povo’ em seu cenário histórico próprio, longe de se encontrar aí a expressão de uma verdadeira unidade, verificamos que ela consubstancia uma contradição absoluta. O sentido de ‘Nós, o Povo’ (‘We The People’) no Preâmbulo da Constituição de 1787 não pode ser apreendido sem a afirmação segundo a qual ‘todos os homens nascem iguais’ (‘all men are created equal’), sancionada na Declaração da Independência Americana de 1776. Com base no credo fundamental de que todos os ‘homens’ - com o sentido de ‘seres humanos’ - nascem iguais, ‘We The People’ deveria se referir a, no mínimo, todos os adultos com residência permanente nos EUA em 1787. Entretanto, na medida em que a Constituição de 1787 omite a escravidão, não se pode dizer com justiça que a expressão ‘We The People’ incluía os escravos afro-americanos então vivendo nos EUA. Assim, o ‘We The People’ de 1787 é inconsistente com a afirmação de que ‘all men are created equal’. Além do mais, a exclusão dos afro-americanos do ‘We The People’, nega a possibilidade de qualquer verdadeira identidade entre os autores da Constituição de 1787 - tomado o termo ‘autores’ no sentido mais amplo possível como inclusivo de qualquer um que pudesse razoavelmente estar propenso a voluntariamente

¹⁷³ “Impõe-se, pois, para Häberle, um refinamento do processo constitucional, de modo a se estabelecer uma comunicação efetiva entre os participantes desse processo amplo de interpretação. Portanto, o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática.” MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p.10.

aquiescer com os termos dessa Constituição - e todos os que se encontravam sujeitos ao peso de suas prescrições. Indubitavelmente, nem a história, nem a lógica justificam a inclusão dos afro-americanos no 'We The People', tal como ele existia anteriormente à Guerra Civil Norte-Americana."¹⁷⁴

A questão levantada volta-se para a insuficiência da legitimidade do poder constituinte originário, marcado por exclusões historicamente condicionadas, felizmente hoje reconhecidas como tais. Refere-se, portanto, a formas de exclusão institucionais que indicam, ao reverso, a existência de distinções desiguais no acesso ao poder social e na limitação de determinados grupos humanos de participarem do conteúdo inicial dos projetos de regulação social. A distribuição histórica dos direitos, ou melhor, a ausência de um ponto de partida igualitário não é apenas uma metáfora, mas uma realidade intrínseca a distribuição de direitos em sociedades reais. A promessa que emerge do constitucionalismo é da possibilidade de recorrer continuamente à tensão originária da promessa da igualdade e da liberdade para incorporar sujeitos historicamente desprezados ou formas de exclusão que, no presente, ainda não são reconhecidas como tais. A idéia de sujeito constitucional como um lugar aberto não significa um desconhecimento absoluto desse lugar, mas que ele deve ser revisitado, no mesmo passo em que o direito constitucional, sempre carente de uma legitimidade originária somente possível de ser realizada num "espaço de comunicação livre de poder", idealiza esse espaço na busca contínua por sua legitimação.

No caso brasileiro, como argumenta Luis Roberto Barroso, a Constituição brasileira inaugura uma nova fase do constitucionalismo, até então marcado pelo desencontro com o povo.¹⁷⁵ Entretanto, embora o constitucionalismo emergente da Constituinte de 1988 sinalize um novo começo, ele não pode fazê-lo se não se confrontar com os seus próprios limites iniciais de legitimidade. O déficit democrático numa sociedade que passou durante largos períodos de sua história por ditaduras, estados de exceção, violações institucionalizadas dos direitos humanos, formas

¹⁷⁴ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. São Paulo: Renovar, 2003, p. 284.

variadas de autoritarismo é, sem dúvida enorme, daí resulta a imensidão da tarefa constitucional e de seus limites práticos.¹⁷⁶

Nesses termos, o debate sobre os limites de novos direitos para minorias e maiorias marginalizadas, se não escapa ao limites do constitucionalismo como forma de concretização da igualdade e da liberdade, tem fronteiras bem mais largas e flexíveis do que aquelas que pretendem interpretar o texto como o momento acabado, literal e definitivo das promessas que coloca em curso. Tal abertura é, inclusive, expressa, podendo ser encontrada nos parágrafos segundo e terceiro do art. 5º.¹⁷⁷

A Constituição ao estabelecer o rol dos direitos fundamentais disciplina sua abertura para os Direitos Humanos, reconhecidos no direito internacional, estabelecendo uma tensão entre limites nacionais de tolerância com hierarquias locais e novos padrões universalistas. Tensão que pode representar, do ponto de vista da jurisdição constitucional, uma postura contra-majoritárias na defesa das maiorias e minorias marginalizadas.

Dito de outro modo, a abertura do sujeito constitucional e, portanto, de seu pluralismo intrínseco, encontra também, uma fundamentação plural. Resulta da impossibilidade da prática constitucional tomar o texto como uma forma de fetiche sob risco de, a médio e a longo prazo, transformar o debate sobre constitucionalidade em um sobre os fundamentos de uma sociedade morta. Decorre daí a necessidade de reconsideração dos termos constitucionais, como se verá a seguir, dentro de uma prática do direito como integridade. As novas enunciações de sujeitos constitucionais são apenas a ponta do fio da meada, e a reconstrução histórica das exclusões de igualdade e liberdade, a força propulsora desse desvelamento. Essa necessidade resulta, portanto, da necessidade de dar densidade ao reconhecimento no próprio texto a novos sujeitos constitucionais que não têm seus direitos realizados no plano de um ordenamento jurídico recepcionado - até então marcado fortemente pela tradição constitucional precedente, muito mais

¹⁷⁶ Sobre o autoritarismo no Brasil veja-se: FAUSTO, Boris. O Pensamento Nacionalista Autoritário. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 7-8.

¹⁷⁷ Art. 5º (...) § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

estreita que a atual Constituição. A atividade de interpretação tem de enfrentar o problema das nomações concretas de sujeitos que, no sentido dado por Michel Rosenfeld, menos definem e mais ampliam a possibilidade de incorporar novas situações, valendo-se das semelhanças e das ausências do próprio texto. Por fim, resulta que, da abertura do texto constitucional ao paradigma dos Direitos Humanos, ao invés de ser tomado como um elemento exógeno e invasivo, deve ser compreendido como um elemento dinamizador da abertura do texto constitucional a problemas que uma sociedade real - marcada por hierarquias naturalizadas - no âmbito de um debate político interno, não seriam vencidas a curto prazo.

A questão indígena espelha, nesse sentido, um exemplo extremo em que as apreensões constitucionais apresentam-se como ruptura com as tradições constitucionais precedentes, em que há um confronto evidente entre práticas institucionais majoritariamente etnocêntricas e em que o marco internacional dos Direitos Humanos provoca uma tensão inusitada em relação às concepções atreladas ao discurso do Estado-Nação. O debate sobre a concretização constitucional deve fazer emergir não apenas uma alteração pontual de concepções clássicas do direito, mas uma abertura do próprio sistema jurídico e das tradições de integração nacional. Ele evoca uma aceleração, não como pretendem discursos autoritários, da fragmentação do Estado, da Nação e do Território, mas da legitimidade do poder constituinte em relação a grupos excluídos historicamente. As normas explícitas sobre o direito às tradições e, ao mesmo tempo, as normas de direitos fundamentais, que também se aplicam aos cidadãos indígenas, redefinem o modo como o Estado e a Sociedade relacionam-se com as comunidades indígenas. Do ponto de vista constitucional, as alternativas ocidentais de acesso à cultura são um direito de igual relevância em relação às tradições culturais. Todavia, não se trata de mera escolha a ser feita pelos cidadãos indígenas em relação a este ou aquele valor ocidental, mas do direito de participar da reconstrução do paradigma ocidental de conhecimento, de ser considerado sujeito desse processo.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Sobre as terras indígenas, veja-se: ALFONSIN, Jacques Távora. Negros e índios: exemplos de um direito popular de desobediência, hoje refletidas nas "Invasões" da terra. In: ALFONSIN, Jacques Távora. Negros e índios no cativoiro da terra. Rio de Janeiro: Instituto Apoio Jurídico-Popular – Fase, 1989, p. 17-37; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Índios e direito: o jogo duro do Estado. In: ALFONSIN, Jacques Távora. Negros e índios no cativoiro da terra. Rio de Janeiro: Instituto Apoio Jurídico-Popular – Fase, 1989, p.7-15.

Por sua vez, a regulamentação das terras de quilombo pode ser vista como um caso intermediário de explicitação textual. No amplo espectro de exclusões da sociedade brasileira, o direito à terra, embora incluído no ato das disposições constitucionais transitórias, deve ser interpretado como um direito fundamental e uma cláusula pétrea. No mesmo passo, a natureza jurídica dessa relação de domínio não pode ser interpretada nos moldes civilistas, mas nos termos constitucionais referente às terras indígenas em que meio ambiente natural e o meio ambiente social encontram-se vinculados ao direito à memória e à diversidade cultural. O ponto principal para a definição das terras quilombolas não é a definição jurídica histórica do colonizador, mas seu sentido de emancipação. A definição deve, portanto, incluir um amplo espectro de estratégias de territorialização simbólica de escravos e ex-escravos em busca do direito à liberdade. A presença desse direito se opõe ao sentido da tradição jurídica de combater ou desconsiderar a propriedade conferida a escravos fugitivos ou emancipados. A garantia constitucional deve ser capaz de responder no presente a esses processos de expropriação e não se restringir apenas às terras de escravos fugidos. O direito à terra quilombola é o direito às terras de liberdade, terras que representaram a possibilidade de sobrevivência à negação desse direito de ser livre numa sociedade em que as estruturas institucionais privilegiaram a branquitude nas disputas por direitos, como a propriedade.¹⁷⁹

Em outro extremo, está a exclusão nominal no texto constitucional de determinados sujeitos. Não são poucos os casos em que isso ocorre como, por exemplo, com os ciganos. A ausência de nomeação não pode impedir a consideração do reconhecimento de desigualdades situacionais que possam exigir do Estado ou da Sociedade determinados comportamentos negativos ou positivos, tampouco impedir um direito à memória e às tradições culturais. Para tais casos, valeria não apenas a leitura negativa de garantia da liberdade religiosa ou de expressão, mas ainda a abertura do texto constitucional em relação às políticas

¹⁷⁹ Sobre o conceito de branquitude, veja-se: WARE, Vron. Branquidade. Identidade Branca e Multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. Sobre os quilombos, veja-se: MOURA, Clóvis. Rebeliões da senzala. São Paulo: Ciências Humanas, 1981; MOURA, Clóvis. Brasil, as raízes do protesto negro. São Paulo: Global, 1983; MOURA, Clóvis. Os quilombos e a rebelião negra. São Paulo: Brasiliense, 1991; ROCHA, Osvaldo de Alencar. O negro e a posse da terra no Brasil. In: ALFONSIN, Jacques Távora. Negros e índios no cativeiro da terra. Rio de Janeiro: Instituto Apoio Jurídico-Popular – Fase, 1989, p. 38-54; FREITAS, Décio. Os Guerrilheiros do Imperador. Rio de Janeiro: Graal, 1978; FREITAS, Décio. Escravidão de Índios e Negros no Brasil. Porto Alegre: EST/ICP, 1980; FREITAS, Décio. O escravismo brasileiro. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982.

públicas contidas na expressão, felizmente indeterminada, dos diferentes participantes dos processos civilizatórios.

Essas três situações demonstram como na determinação do sujeito constitucional há um fechamento, uma diferenciação por exclusão que, por outro lado, não é absoluta e tampouco se completa na forma de uma exclusão textual de outras identidades juridicamente reconhecidas.¹⁸⁰ O caso específico dos negros possui três possibilidades. A primeira consiste em reconhecer que, pela primeira vez na trajetória do constitucionalismo nacional, o uso de uma expressão, a de afro-brasileiro, indica a possibilidade de um lugar de produção de discursos sobre uma identidade diaspórica que nem é africana nem exclusivamente brasileira.¹⁸¹ A segunda, que os Tratados Internacionais fazem expressa referência ao tema da possibilidade de políticas públicas para grupos sociais que são vítimas de práticas racistas.¹⁸² A terceira, apenas para reafirmar o ponto de partida acima esboçado, é que a nomeação explícita não é a questão central a ser debatida, não é nem o ponto de partida nem de chegada da interpretação constitucional, pois o lugar ocupado pelo sujeito constitucional permanece aberto a novas demandas relacionadas à violação de direitos. Em síntese, a Constituição não apenas não repudia a possibilidade do uso de categorias raciais; ao invés disso, consagra seu uso quando vinculado busca de igual respeito e consideração.

¹⁸⁰ A idéia de que as formas de fechamento devem ser consideradas como uma abertura também está em Peter Häberle, numa referência implícita aos partidos nazistas: "Elas (as forças que compõem uma parte da realidade constitucional e da publicidade) participam desse processo até mesmo quando são formalmente excluídas, como ocorre com os partidos políticos que podem ter seu funcionamento proibido por decisão da Corte Constitucional. São exatamente esses aspectos que exigem um esclarecimento sobre o conteúdo da Constituição e influenciam o desenvolvimento de uma concepção de sociedade liberal-democrática." HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 34.

¹⁸¹ Sobre as Constituições brasileiras, veja-se: SILVA NETO, Casimiro Pedro da. A construção da democracia: síntese histórica dos grandes momentos da Câmara dos Deputados, das assembleias nacionais constituintes e do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003.

¹⁸² Sobre os Tratados Internacionais e a referência à raça, veja-se: SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação Afirmativa para Negros nas Universidades: A Concretização do Princípio Jurídico da Igualdade. In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; SILVÉRIO, Valter Roberto. Educação e Ações Afirmativas. Entre a Injustiça Simbólica e a Injustiça Econômica. Brasília: INEP, 2003, p. 109-112; PIOVESAN, Flávia. A Compatibilidade das Cotas Raciais com a Ordem Internacional e com a Constituição Brasileira. In: Audiência Pública sobre Cotas para Afro-descendentes nas Universidades ADFP 186 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 597.285/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>. Acesso em: 01.12.2010.

Entretanto, é preciso considerar as limitações e a potencialidade de um texto constitucional que incluiu e excluiu determinados sujeitos, pois tal processo de inclusão/exclusão redimensiona e localiza formas de consideração sobre os princípios da igualdade e da liberdade. A diferença que se legitima, como identidade constitucional, é essencialmente aquela que se potencializa como concretização desses valores, não qualquer diferença. A proibição do racismo configura um caso extremo oposto aos demais acima retratados, o do pluralismo negativo das práticas e teorias fundamentadas nas teses sobre superioridade e supremacia racial. Aqui o texto autoriza, por exemplo, a repressão penal de grupos neonazistas. Esse fechamento decorre de um aprendizado histórico seguro sobre os efeitos perversos na estrutura democrática e constitucional da ação desses grupos na violação de Direitos Fundamentais. Visa, portanto, garantir o espaço mínimo de igualdade e de liberdade das vítimas, a própria existência de uma comunidade de alteridades. Recorre a padrões universais dos Direitos Humanos que não estão limitados às experiências locais de racialização. Porém, esse fechamento pontual não autoriza a supor que todas as experiências de divergências devam ser consideradas como um atentado à liberdade e à igualdade, mas impõe novos limites, formais e materiais, a determinados argumentos referentes a práticas semelhantes como o sexismo.¹⁸³

Em nenhum desses casos, o constitucionalismo como técnica de controle contra-majoritário deixa de subsistir. Isso porque o fechamento constitucional não alcança a possibilidade de eliminação das garantias do devido processo legal, do contraditório e a ampla defesa, da legalidade da pena, da exclusão da pena de morte, de técnicas medicalizadoras cruéis e invasivas da liberdade de crença etc. Em outras palavras, a exclusão de determinados pluralismos não implica a negativa da importância de que eles possam ser reivindicantes legítimos de outros direitos.¹⁸⁴

¹⁸³ Nas páginas seguintes, é considerada a posição do Supremo Tribunal Federal sobre este tema. A propósito veja-se: POTIGUAR, Alex Lobato. Igualdade e Liberdade. A Luta por Reconhecimento da Igualdade como Direito à Diferença no Discurso do Ódio. Dissertação de Mestrado Curso de Direito. Brasília: 2009.

¹⁸⁴ "Inconstitucionalidade da chamada 'execução antecipada da pena'. Art. 5º, LVII, da CF. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da CF. O art. 637 do CPP estabelece que '(o) recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença'. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. Daí que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. (...) A Corte que vigorosamente prestigia o

De qualquer modo, a proibição e o repúdio ao racismo são um fechamento que tem um sentido, o qual não decorre da leitura do substantivo derivado do termo raça, mas da historicidade do aprendizado quanto ao exercício concreto de formas de preconceito e discriminação.

Daí a validade da advertência de Stuart Hall, demonstrando a relação entre a alternativa procedimentalista e a percepção da abertura do sujeito constitucional em oposição à solução substancialista e nominalista no fechamento do sujeito constitucional:

“A lógica política multicultural requer pelo menos duas outras condições de existência: uma expansão e radicalização cada vez mais profundas das práticas democráticas da vida social, bem como a contestação sem trégua de cada forma de fechamento racial ou etnicamente excludente (praticado por outrem sobre as comunidades minoritárias ou no interior delas). Pois a desvantagem ou exclusão raciais impedem o acesso de todos, inclusive das ‘minorias’ de todos os tipos, ao processo de definir uma ‘britanidade’ (ou brasilidade no nosso caso) mais inclusiva; esse acesso constitui pré-condição para a legitimidade do chamado à identificação de todos. Isso constitui o limite democrático ou cosmopolita às alternativas liberais e comunitárias.”¹⁸⁵

Daí porque a tese de que a mera referência à palavra “raça” ou expressões como “identidade racial” adquirem conotação diversa, conforme o seu emprego efetivo, quer quando buscam instaurar um espaço de intolerância e violação de direitos fundamentais, quer quando são empregadas como forma de reconhecer uma problemática de não realização dos princípios estruturantes. Entre a defesa do racismo e a denúncia das discriminações, entre a afirmação da supremacia branca e o orgulho do oprimido há uma distância histórica e ontológica. Enquanto as primeiras

disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da CF). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida.” (HC 94.408, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-2-2009, Segunda Turma, DJE de 27-3-2009.) (grifo nosso)

¹⁸⁵ HALL, Stuart. Da diáspora: identidade e mediações culturais. Trad. Adelaine La Guardiã Resende. Belo Horizonte: UFMG, 2003, p. 85.

se caracterizam como violação da igualdade e da liberdade, os segundos são estratégias legítimas e historicamente situadas para a realização de tais princípios.

7 Pluralismo e Modelos de Integração Comunitária sob a perspectiva do Direito como Integridade: Os Novos Direitos e a Fraternidade

O problema da complexidade da identidade do sujeito é apreendido também na perspectiva de Dworkin sobre o direito como integridade. O autor encontra solução para o problema da permanência da Constituição (texto) em relação às gerações passadas e presentes ao demonstrar que o texto constitui-se em princípios estruturantes e, desse modo, nega a existência de uma dicotomia entre aplicar e criar o direito. Responde a pergunta sobre como reconhecer diferenças e continua a resposta, do ponto de vista jurídico, sobre como reconhecer (estabelecer) uma comunidade fundada nas diferenças. É o ponto de partida para dois dos caminhos adotados na consideração da constitucionalidade de políticas públicas para negros e na identificação dos beneficiários dessas políticas: a) a de que a interpretação constitucional importa a reconstrução histórica alternativa a uma história oficial (e, portanto, na reconstrução desta) capaz de conferir dignidade a nossa história constitucional; b) a de que a expressão comunidade, ao invés de ser utilizada nos termos substancialistas, pode ser substituída por uma noção capaz de não justificar a violação de direitos em nome da coletividade ou, em outras palavras, a de que, ao se libertar da noção substancialista de comunidade e da diferença brasileira quanto ao tratamento das relações raciais e étnicas, o intérprete pode encontrar soluções para fundamentar a existência de uma identificação com a pluralidade social e, no mesmo passo, a fraternidade.

Segundo Michel Rosenfeld, a interpretação judicial reconstrutiva proposta por Dworkin gira em torno de dois requisitos fundamentais:

“(...) primeiramente, a aceitação de determinados princípios deontológicos, tal como o direito de cada pessoa a igual respeito e dignidade, e, em segundo lugar, a adoção de um padrão coerente e uniforme, especificamente o da integridade, que

requer a consistência de qualquer nova interpretação judicial com o corpus das interpretações judiciais passadas.”¹⁸⁶

Assim, o direito se desenvolve como princípio na medida em que a cada caso, o intérprete se defronta com a necessidade de, no presente, reconstruir as relações de reciprocidade de uma comunidade onde igualdade e liberdade devem ser respeitadas. Logo, o problema hermenêutico atinge não apenas o conteúdo, mas as pretensões de falar em nome de uma subjetividade. A unidade precária do direito encontra-se nas práticas hermenêuticas que não podem dizer quais serão, no futuro, os sujeitos aos quais se deve igual respeito e, tão pouco, que eles devam ser considerados de modo restrito como foram no passado. Ao mesmo tempo, é o direito em seu processo contínuo de transformação que pode (re)construir a comunidade, ao permitir a participação num mesmo meio de pretensões hermenêuticas quanto ao conteúdo dos princípios fundamentais. A comunidade, ao invés de ser um dado posto, natural, onde sujeitos existiam, é um pressuposto que permite dar estabilidade temporária a diferenças a partir da distribuição de direitos que são (re)interpretados na medida em que se busca a integridade dos princípios.

O direito como integridade nega, em síntese, “que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro.” 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.” Logo rejeita a oposição entre descoberta ou invenção do direito, por entender que “os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.”¹⁸⁷

Do ponto de vista da integridade judicial, é necessário que os juízes tratem o “atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas explícitas”. A integridade, embora se assemelhe à coerência (repetição das decisões anteriores), “é, ao mesmo tempo, mais e menos”, mais dinâmica e radical, incentiva que o juiz “seja mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o

¹⁸⁶ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 264.

princípio fundamental".¹⁸⁸ Ela "exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção." Porém, por tal esta razão, faz-se necessário "afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo".¹⁸⁹

Como destaca Dworkin:

"A integridade também contribui para a eficiência do direito (...). Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então, o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. Esse processo é menos eficiente, sem dúvida, quando as pessoas divergem, como é inevitável que às vezes aconteça, sobre quais princípios são de fato assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade. Contudo, uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação organizada, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria."¹⁹⁰

A proposta de direito como integridade de Dworkin pode ser interpretada como uma tese sobre a integração social e política mediante o direito, ou ainda, da possibilidade de (re)fundação contínua da comunidade mediante o sistema jurídico, especificamente de um sistema jurídico que se encontra estruturado na herança do constitucionalismo. Conforme o autor:

"(...) a melhor defesa da legitimidade política - o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade - vai se encontrada não onde os filósofos esperaram encontrá-la - no árido terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo, que poderiam ser válidos entre os estranhos -, mas no

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 265.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 264.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 265.

campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes.”¹⁹¹

O “direito como integridade” parte da noção de interpretação como romance em cadeia e apresenta o fundamento da legitimidade do direito na sua identificação com um tipo específico de relação associativa (buscada pelo autor na retórica francesa sobre a fraternidade), em que as obrigações recíprocas, embora pressupostas, encontram, de fato, seu conteúdo temporário na vivência da comunidade e as interpretações que fazem dessas obrigações.¹⁹² As obrigações comunitárias desse tipo não decorrem nem de uma visão da comunidade como fundada em laços interpessoais nem em ideologias que buscam em grandes comunidades anônimas forjar uma unidade:

“Primeiro, há uma opinião muito difundida de que as obrigações comunitárias dependem de laços emocionais que pressupõem que cada membro do grupo mantenha relações pessoais com todos os outros, o que certamente é falso no caso de grandes comunidades políticas. Segundo, a idéia de responsabilidades comunitárias especiais vigentes numa grande comunidade anônima reacende o nacionalismo, ou mesmo o racismo, duas coisas que têm sido fonte de muito sofrimento e muita injustiça.”¹⁹³

A integração proposta pelo direito como integridade não é subsunção absoluta da comunidade no direito ou do direito na comunidade, mais do que isso, a separação entre as esferas social, jurídica e política é um pressuposto e uma condição, inclusive, na prática interpretativa.¹⁹⁴ O pluralismo social mantém-se porque o direito é incompleto, no que se refere às práticas interpretativas sobre o

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 250.

¹⁹² Esse modelo associativo é apresentado do seguinte modo: “A história da prática social define os grupos comunitários aos quais pertencemos e as obrigações daí resultantes. Define o que é uma família, uma vizinhança ou um colega de trabalho, e o que um membro desses grupos ou o detentor de tais designações deve a um outro. Mas a prática social define grupos e obrigações não por decreto ou ritual, não através da extensão explícita das convenções, mas de maneira mais complexa, introduzida pela atitude interpretativa. Os conceitos que utilizamos para descrever esses grupos e para afirmar ou rejeitar essas obrigações são conceitos interpretativos; pode-se argumentar racionalmente, à maneira interpretativa, sobre a verdadeira natureza da amizade e sobre o que devem os filhos a seus pais quando se tornam adultos.” DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 239.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 238.

¹⁹⁴ “Não devemos dizer que a integridade é uma virtude especial da política porque o Estado ou a comunidade sejam uma entidade distinta, mas que a comunidade deve ser vista como um agente moral distinto, porque as práticas sociais e intelectuais que tratam a comunidade dessa maneira devem ser protegidas.” DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 228.

passado e o presente e também porque o direito não necessita de uma comunidade pré-constituída a partir de relações substanciais de integração. O constitucionalismo, embora integre pretensões nascidas na comunidade, integra a comunidade como uma prática de interpretação, não como mero reflexo ou assunção de todas as imagens idealizadas que mantemos sobre a existência tal comunidade. Ao mesmo tempo, pressupõe que a comunidade seja formada por tais práticas interpretativas nas quais as obrigações são reavaliadas continuamente. As pretensões de reciprocidade espelham, no marco da herança constitucional, uma comunidade sempre em transformação e incompleta. A incompletude do direito, ao invés de ser retratado como um defeito a ser corrigido, converte-se na própria virtude do sistema jurídico em sua capacidade de integração social.

Por fim, cabe considerar um obstáculo, pouco convincente, à adoção da proposta de Dworkin: o de ser historicamente situada, enraizada, na tradição americana. De fato, o autor defende abertamente “uma interpretação de nossa (americana) própria cultura política, e não uma moral política abstrata e atemporal”, ou ainda, que há lições sobre “as dimensões da integridade no sistema constitucional dos Estados Unidos” que corroboram seus argumentos.¹⁹⁵ De igual modo, a integridade na política seria facilmente identificável, pois: “Não temos dificuldade de encontrar, na prática política, as condições de uma comunidade básica.”¹⁹⁶ Por sua vez, o ideal de integridade também seria conduzido pela necessidade de aplicação da Constituição americana, uma vez que:

“Nos Estados Unidos, esse ideal é até certo ponto uma questão de direito constitucional, pois se considera a cláusula de igual proteção da Décima Quarta Emenda veda conciliações internas sobre questões de princípios importantes. A Suprema Corte se fundamenta na linguagem da igual proteção para derrubar a legislação estadual que reconhece direitos fundamentais para alguns e não para outros. A Constituição exige que os estados estendam a todos os cidadãos certos direitos - o direito à livre expressão, por exemplo - , mas deixa-os livres para reconhecer outros direitos não constitucionais, se assim o desejarem. Se um Estado aceita um desses direitos não constitucionais para uma classe de cidadãos, porém, deve fazer o mesmo para todos.”¹⁹⁷

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 260.

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 251.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 224.

Todavia, a demarcação da explicação de Dworkin como uma peculiaridade local não se sustenta, embora pareça apressado negar, à primeira vista, diferenças entre as tradições constitucionais americanas e brasileiras, ou entre um texto, supostamente sintético e com longa duração histórica, e um texto, ainda recente e, comumente rotulado, de excessivo em detalhes, ou entre uma Corte Constitucional que teve seu papel institucional reconhecido no século passado e uma Corte que conviveu com inúmeros momentos de anomia institucional.¹⁹⁸

Em primeiro lugar, cabe observar que a história do constitucionalismo americano dista, em muito, de uma história de sucessos em constante evolução. As teses de Dworkin sobre o papel da Corte, malgrado aparentem retratar uma percepção dominante, foram, e são, objeto de profundas disputas políticas e jurídicas, de momentos de incerteza e de soluções jurídicas que a atual prática constitucional viria a condenar. De igual modo, algumas das emendas ao texto constitucional original espelharam momentos históricos de profunda instabilidade institucional.

Em segundo lugar, os pressupostos normativos constitucionais, tais como a separação de poderes, a existência de direitos individuais, procedimentos democráticos para escolha de representantes, distribuição de esferas de governo local e central etc., mais aproximam do que distanciam a Constituição de 1988 não apenas das tradições constitucionais americanas, mas do constitucionalismo ocidental. De fato, tanto num quanto noutro caso, essas primeiras constatações conduzem à conclusão de que o modelo da Democracia Constitucional surge mais do que como resposta a uma tradição específica, mas como um padrão institucional em sociedades que enfrentam problemas semelhantes. O que comumente chamamos de tradição nada mais é do que a memória e o influxo recriador das respostas das sociedades aos problemas com os quais se defrontam.¹⁹⁹

Em terceiro lugar, algumas das distinções forjadas entre a tradição americana e brasileira resultam de uma simplificação do processo hermenêutico. O fato de existirem normas extensas e pormenorizadas parece fazer crer para alguns que elas

¹⁹⁸ Sobre a história do Supremo Tribunal Federal, veja-se: COSTA, Emilia Viotti da. O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania. São Paulo: UNESP, 2006.

¹⁹⁹ Nesse sentido, como demonstra a apropriação de Jürgen Habermas das teses de Dworkin, o direito como integridade parece corresponder a um padrão de solução para sociedades complexas que foram, conforme a expressão de Anthony Giddens, transformadas pela incerteza da Modernidade, fenômeno que não é local, mas mundial.

não devam ser comparadas à noção de análise do caso, a partir de princípios estruturantes, pois o conteúdo do direito estaria revelado pela própria clareza semântica. Porém, a crítica ao positivismo deveria ser suficiente para revelar que os comandos normativos não são auto-aplicáveis e que a proposta de Dworkin apenas corrobora o que se sabe hoje sobre a atividade cognitiva e o papel constitutivo da linguagem.²⁰⁰ Ademais, a própria prática da Corte constitucional brasileira revela que problemas jurídicos nascem quando há normas expressas regulando a matéria, não apenas quando elas se fazem ausentes. Na pior das hipóteses, há que se admitir, no mínimo, que, se nem todas as questões jurídicas são questões de adequação a princípios, os problemas constitucionais são questões de integridade. Na prática, ao se estabelecerem pretensões sobre regras - e questões jurídicas somente se tornam problemas judiciais se uma dessas duas opções ocorre - haverá a necessidade de recorrer à adequação de princípios. Logo, o ponto de partida de Dworkin é menos tortuoso e mais óbvio, não se pode supor que regras afastem a discussão sobre a integridade dos princípios na análise do caso.

Por fim, de modo mais abrangente, como defendido neste texto, aquilo que aproxima à proposta de Dworkin da interpretação das normas constitucionais brasileiras é a universalidade do problema hermenêutico. Ela não é apenas o problema de uma constituição sintética, com um texto explícito envelhecido, mas referente à cognição humana e, portanto, de qualquer interpretação, da qual a interpretação constitucional é apenas um caso.

Entretanto, há um aspecto importante a considerar, declarado pelo autor ao identificar o ideal de integridade nas práticas de seu país:

“As pessoas divergem sobre as fronteiras das comunidades políticas, particularmente em condições coloniais, ou quando as divisões existentes entre as condições nações ignoram importantes identidades históricas, étnicas ou religiosas.

²⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência como “Ideologia”. Lisboa: Ed. 70, 1968; HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; HABERMAS, Jürgen. Direito e Moral. Lisboa: Instituto Piaget, 1999 ; HABERMAS, Jürgen. O Discurso Filosófico da Modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2000; HABERMAS, Jürgen. La Lógica de Las Ciencias Sociales. Madrid: Tecnos, 1990. HABERMAS, Jürgen. Estudios de Filosofía Social. Madrid: Tecnos, 1990. HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica. Porto Alegre: L&PM, 1987; GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II. Petrópolis: Vozes, 2002; GADAMER, Hans-Georg. Hermenêutica em Retrospectiva. Petrópolis: Vozes, 2007.

Estes, porém, podem ser tratados como problemas de interpretação e, de qualquer modo, não ocorrem nos países dos quais nos ocupamos no presente.”²⁰¹

Em outras palavras, o constitucionalismo não apenas encontra limitações como, de fato, alcança sobriedade porque seus limites podem ser absorvidos como problema de interpretação. O que está em jogo não é a impossibilidade do constitucionalismo, mas a grandeza e as limitações da tarefa hermenêutica de se apropriar dos problemas como problemas constitucionais.²⁰² O constitucionalismo não opõe social versus jurídico, mas, ao contrário, vive desse processo de redefinição das fronteiras do social no jurídico. Não resta dúvida de que a capacidade do sistema jurídico em determinadas áreas depende do modo como ele pode recuperar seu processo de aprendizagem, mediante padrões de inclusão e exclusão.

A própria experiência americana é um exemplo revelador de como esse improvável acontece. No caso americano, há um longo percurso de incorporação das fraturas sociais decorrentes do colonialismo e da escravidão.²⁰³ Não foram as decisões mais recentes da Corte Constitucional americana sobre a ação afirmativa que reconstruíram tais problemas como problemas jurídicos. De fato, a própria emergência da doutrina dos separados mais iguais, apesar do que contém de negativo, foi um modo de permitir ao sistema jurídico de responder a essas tensões. Esse fato não é percebido pelos comentaristas brasileiros que comumente destacam tão somente o racismo dessa decisão. Isso ocorre porque a compreensão dos usos do direito na regulamentação das relações raciais é realizada no Brasil de acordo com uma ideologia referente aos limites da cidadania jurídica para todos os grupos sociais que foram marcados pela experiência colonial, segundo a qual a doutrina dos separados mais iguais é retratada como uma mera convalidação de um sistema mais racista, somente superado pelo Apartheid.

Todavia, essa ideologia, explorada no terceiro capítulo, está fundada em dois erros principais. O primeiro, o de que toda a regulamentação jurídica sobre as raças

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 251.

²⁰² Considerando o problema da interpretação e da apreensão do direito costumeiro, Peter HÄBERLE afirma de modo semelhante que: “Em geral, coloca-se a indagação sobre o momento em que uma dada concepção praticada por grupos marginais pluralistas deve ser incorporada pela interpretação constitucional. Trata-se de um problema de aplicação do princípio da igualdade.” HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 17.

²⁰³ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

espelha uma convicção social maior sobre os pressupostos do racismo, de tal modo que raça e direito, somente podem estar unidos sob a o domínio de uma ideologia racista, e ao mesmo tempo, tal união serviria de indicador de sua presença. Tais considerações se esquecem de uma diferença fundamental entre sistemas jurídicos em que o constitucionalismo está institucionalizado e sistemas jurídicos não constitucionais. No sistema jurídico colonial ou da época do Império, períodos em que são construídas as teses jurídicas sobre a segregação, a exclusão racial e a escravidão negra no Brasil tinham como características centrais o fato de não poder ser contestada em termos de violação de direitos fundamentais. As leis referentes à raça não podem ser sinônimo de mais ou menos racismo, pois têm, em primeiro plano, sua importância dentro do sistema de regras sociais estabelecidas e, em segundo lugar, do sentido dado à referência à raça no sistema jurídico. No nazismo alemão, o racismo não existiu porque os judeus foram objetos de legislações, mas porque elas desconsideraram o igual respeito e consideração que deveria haver com relação a esse grupo, constituindo-se numa violação sistemática, embora nem sempre uniforme, de direitos fundamentais. De igual modo, as reparações do pós-guerra destinadas aos judeus não foram racistas porque elas buscavam a realização de direitos fundamentais. Em ambas as situações, a lei trata da "raça" ou de grupos específicos, mas, seguramente, não o faz da mesma forma. É essa distinção que a ideologia brasileira encobre. A segregação racial brasileira estabeleceu-se com padrões tão fortemente institucionalizados que sequer foi objeto de uma jurisdicionalização constitucional. Quando se considera que um dos direitos violados na segregação racial é a liberdade, se observa que tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos esse direito estava sendo debatido. No caso brasileiro, um passo atrás, ainda se debatia se o direito de propriedade prevalecia sobre a dignidade humana, ou melhor, se os negros tinham tal dignidade, pressuposto da liberdade como direito natural.

O segundo erro está diretamente relacionado com o anterior, ao invés de buscar na história violações sistemáticas de direitos fundamentais, buscam-se leis e, pior ainda, quando estas são encontradas, minimiza-se a sua importância ou, simplesmente, intenta-se eliminá-las da memória coletiva. A tese de que o Brasil não conheceu um sistema jurídico que legitima a violação de sistemática de direitos fundamentais em razão da identificação racial, mesmo em épocas de normalidade

constitucional, esbarra nas fontes históricas hoje disponíveis, em denúncias sistemáticas das vítimas, e, até mesmo, em antecipações do discurso abolicionista. A tese da inexistência do racismo institucional, como se pretende demonstrar no segundo e terceiros capítulos, foi construída por uma historiografia nascida e comprometida com o colonialismo e distante das atuais pesquisas históricas.²⁰⁴

Caso se considere a tese de Dworkin sobre a possibilidade de promover a integração social na medida em que os problemas de não-integração sejam considerados como questões hermenêuticas, pode-se afirmar que a opção da Suprema Corte pela doutrina “separados mais iguais” representa um momento decisivo na construção do constitucionalismo americano, provavelmente o mais importante. Convém lembrar que a proposta de Dworkin parte do conflito aparente entre os ideais da certeza/previsibilidade e da justiça/equidade, ou na linguagem weberiana entre racionalidade formal e racionalidade formal.^{205 206} E se, nesse caso, não há dúvida de que em termos de justiça, a decisão foi apenas a confirmação das práticas de discriminação presentes na sociedade americana, não se deve olvidar outros aspectos, em especial o fato de que ela marca o papel da Corte como terceiro poder, a autonomia e o papel de uma Corte Constitucional.

Por sua vez, como destaca Dworkin, se acreditássemos apenas no ideal de previsibilidade, deveríamos aceitar que “a ascendência da maioria é o melhor procedimento viável para tomar decisões”, ainda que tais decisões sejam “injustas” em relação aos “direitos individuais”.²⁰⁷ Daí surgir a dúvida sobre a necessidade de “aceitar restrições constitucionais ao poder democrático para impedir que a maioria restrinja a liberdade de expressão, ou outras liberdades importantes”. Porém, para o autor, tais questões poderiam ser resolvidas se “acreditarmos que a integridade é um terceiro e independente ideal, pelo menos quando as pessoas divergem sobre

²⁰⁴ Sobre o sistema jurídico brasileiro e formas de demarcação racial, veja-se o terceiro capítulo.

²⁰⁵ Sobre a distinção de Max Weber quanto à racionalidade formal e à material, veja-se: ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. O Ícaro da Modernidade. Direito e Política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

²⁰⁶ A oposição weberiana é nítida no seguinte parágrafo: “A justiça é uma questão de resultados: uma decisão política provoca injustiça, por mais eqüitativos que sejam os procedimentos que a produziram, quando nega às pessoas algum recurso, liberdade ou oportunidade que as melhores teorias sobre a justiça lhes dão o direito de ter” DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 218.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 215.

um dos dois primeiros”.²⁰⁸ Foi tal compreensão que levou a Suprema Corte a rever sua posição em decisões posteriores.

Quando a Suprema Corte decide sobre a doutrina dos “separados, mas iguais” ela tem de afirmar como o ideal de igualdade para um grupo deve ser compreendido, ou seja, como tal grupo terá acesso a seus direitos fundamentais. Viu-se obrigada a aceitar a demanda e afirmar que a solução deveria ser encontrada no âmbito da tutela dos direitos fundamentais, na linguagem de Dworkin, considerou-o como um problema interpretativo, incorporando, na mesma medida em que excluía, do ponto de vista da racionalidade material, os problemas sociais herdados da escravidão e do racismo. Em nova forma, trouxe para o debate público uma nova questão: se a igualdade entre brancos e negros poderia existir depois do escravismo, por que esta Corte não decidiu da mesma forma que decidiu após aquele primeiro momento? Para além da ficção histórica, é importante reconhecer que as mudanças nas práticas da Suprema Corte impulsionaram a transformação da sociedade americana para a fratura da doutrina dos separados mais iguais, cuja exposição pública, não apenas pode ser retratada como uma consolidação do racismo institucional, mas como a possibilidade de sua contestação numa sociedade que ampliava os procedimentos democráticos. A entrada para o constitucionalismo de demandas dos grupos excluídos do poder por fenômenos como o colonialismo, o escravismo e o racismo representou a possibilidade, a longo prazo, de reconsiderar os estreitos limites da integração social em uma sociedade em que os negros constituíam não apenas uma minoria numérica, mas, sobretudo, uma minoria política, afastada de todas as instâncias de poder. O debate sobre a raça no sistema americano não significou o começo do racismo, mas demonstrou a capacidade de integração, ou a incapacidade, da sociedade americana no Constitucionalismo, ao dar voz aqueles que se sentiram violentados por práticas sociais do passado e do presente.

O que é possível aprender com o aprendizado americano? O pluralismo constitucional e decisões justas não podem ser alcançados plenamente quando populações historicamente excluídas são somente ouvidas, sem que se pondere sobre as violações de direitos fundamentais percebidas por grupos excluídos, mas ignoradas pelo restante da sociedade. Ao deixar de lado a retórica sobre racialismos

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 215.

e seus efeitos nas tradições da sociedade brasileira, o intérprete necessita considerar o que está em jogo no debate constitucional. Essa é a primeira parte da lição dos separados mais iguais, o debate é sobre a violação de direitos fundamentais. Falar em nome da raça para se dizer violentado nesses direitos não é uma forma de racismo, pois tal conclusão, muito mais do que um absurdo sociológico, é um absurdo jurídico. O erro inicial americano não foi ter juridicinalizado questões raciais, mas ter aceitado os estreitos limites em que a questão foi inicialmente debatida. Foi ter desconsiderado que a Corte decidia sobre um Outro, de fato excluído do poder e da jurisdição.

Em síntese, o pluralismo constitucional, na perspectiva do direito como integridade, no que se refere aos novos sujeitos nominados e não nominados na Constituição de 1988, permite considerar que os problemas sociais de integração não se colocam como obstáculo ao constitucionalismo, ao invés disso, são o material que permite ao constitucionalismo sua realização. Todavia, tal possibilidade somente é viável quando o que se considera constitucionalismo não parte de concepções substancialistas sobre a comunidade, ou seja, visões substancialistas sobre a integração social não podem ser consideradas como um pressuposto para a realização de direitos ou um condicionante para a sua interpretação. Não há direito como integridade se o direito exclui demandas de integração a partir de critérios que não seja o da violação dos direitos fundamentais.

Se a presença dos novos sujeitos nominados na Constituição de 1988 e de novos sujeitos nascidos no processo político social e jurídico de abertura para os direitos humanos impõe que se evitem argumentos substancialistas sobre identidades nacionais, no mesmo passo, o direito como integridade revela que sua presença deve ser interpretada como tentativas de realização dos princípios da igualdade e da liberdade, apenas conhecidas se forem retomados os problemas de integração social no passado e no presente.

De igual modo, a existência de outras exclusões não enumeradas, ou de um ambiente social com múltiplas formas de exclusão enumeradas e não enumeradas, não é um limite ao constitucionalismo e à posição hermenêutica que ele propõe. A tentativa de opor mulheres versus deficientes ou de negros versus pobres é um exemplo de violação da integridade em relação a cada um deles e a todos em seu conjunto. Considerar que o igual respeito devido aos negros pressuponha que ele

primeiro seja considerado em relação aos pobres, ou vice-versa, desconsidera a dignidade que cada grupo faz jus. O fato de que a igualdade e liberdade não existam plenamente na realidade presente ou de que seu conteúdo não possa ser previamente definido em relação às gerações futuras não pode ser a razão a justificar a violação de direitos fundamentais de um grupo, pois isso significaria que o direito não se ocupa em reconsiderar violações de direitos, mas em distribuir equitativamente sua violação. A narrativa histórica proposta pelo direito como integridade demonstra que a história do constitucionalismo é a história do reconhecimento de sua incompletude, não da perfeição pressuposta. A imperfeição maior resulta do fato de deixar-se para o futuro problemas que já podem ser conhecidos no presente e que já foram compreendidos no passado. A comunidade fraterna não é a comunidade perfeita, mas a comunidade possível.

8 Pluralismo e Modelos Institucionais

Neste passo retoma-se o tema do pluralismo, na tensão entre democracia e constitucionalismo, sob a ótica das expressões institucionais concretas, ou das formas de Estado, para que se enfrente um outro risco, acima apontado, nas tentativas de organizar modelos corretivos da violação da igualdade, o de conceber as soluções jurídicas como expressão emanada de uma fonte de poder (executiva ou até mesmo judicial) alheia ao pluralismo social dos novos sujeitos sociais. O tema é ainda mais sensível quando se considera que o objeto da presente texto não é apenas uma parte do porquê, mas também uma parte das objeções sobre o como organizar modelos de integração racial a partir de políticas públicas. Em outras palavras, não pretende afirmar que as políticas públicas específicas, como as cotas raciais, devem ser implementadas, mas que elas devem respeitar os fundamentos que justificam a sua existência, em especial a liberdade de participação dos envolvidos como comunidade de vítimas.

Conforme explicitado nas páginas anteriores, as concepções modernas da liberdade integram o processo de diferenciação entre esfera pública e esfera privada. A fonte recente dessa distinção está, segundo Cristiano Paixão, em duas aquisições evolutivas da sociedade: a) a diferenciação funcional, que se constituiu na passagem de uma sociedade estruturada em estratos, hierarquizada, fundada na

distribuição desigual da riqueza e da propriedade para uma sociedade descentrada, marcada pela coexistência simultânea de diversos subsistemas com especialização funcional, o que somente foi possível com as alterações na comunicação, quando “as condições de comunicação na sociedade - compreendida como sistema global da comunicação - passaram a tematizar a existência de problemas determinados (domínios funcionais) em cuja solução se especializa cada subsistema”); b) a modificação da estrutura e dos fundamentos do direito, isso porque “não será possível, a partir da diferenciação funcional, estabelecer as bases da sociedade com fundamento em doutrinas de direito natural”; neste processo, inicialmente, as lutas contra o Estado absolutista e as lutas religiosas e políticas darão nascimento às constituições escritas e, a seguir, afirmar-se-á a supremacia destas com a conseqüente subordinação de todos os demais direitos.²⁰⁹ A diferenciação funcional do direito em um subsistema especializado está na base do processo de construção do constitucionalismo, como expressão dessa subordinação.

Os sentidos da liberdade, a permanência da dicotomia esfera pública e esfera privada, e os significados da idéia de supremacia do direito sofreram profundas modificações desde a sua configuração no século XVIII e podem ser acompanhadas a partir das diferentes formas de Estado. Elas ilustram a forma como sujeitos de direitos foram tratados do ponto de vista do poder e a importância adquirida por cada um dos três poderes.²¹⁰

Como recorda Menelick de Carvalho Netto, no Estado Liberal, a idéia de “leis gerais, abstratas, claras e distintas” opunha-se a um modelo de sociedade estamental e visava “garantir o fim dos privilégios de nascimento e a afirmação da igualdade e da liberdade”. Vedava-se que a lei estabelecesse “privilégios unicamente com base na tradição”. Cabia ao legislador, “centro do ordenamento”, exatamente postular “essas leis racionalmente evidentes em códigos claros”. Entretanto, foi a “experiência constitucional” a responsável por demonstrar que a

²⁰⁹ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção – o público e privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org). O novo direito administrativo brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2003.

²¹⁰ A exposição a partir das formas de Estado encontra-se em: ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção – o público e privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org). O novo direito administrativo brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2003.

“afirmação da liberdade e da igualdade” poderia provocar uma “maior exploração do homem pelo homem”.²¹¹

A partir de 1850, no espaço de lutas sociais, forjou-se um novo constitucionalismo que redimensionou aqueles princípios estruturantes, consagrado em novas constituições depois da Primeira Guerra Mundial. Neste novo contexto, liberdade e igualdade passam a necessitar “de materialização tendencial; não mais podemos nelas pensar sem considerar as diferenças (...) o lado mais fraco das várias relações deverá ser protegido pelo ordenamento e, claro, por um ordenamento de leis claras e distintas.”²¹² No marco do Estado Social (e burocrático), a compreensão dos princípios estruturantes torna-se mais complexa:

“O Direito é materializado em todos os níveis, e emergem novos ramos do Direito marcados por princípios inderrogáveis de ordem pública a limitar a liberdade de todos, para garantir a possibilidade de igualdade dos materialmente mais frágeis; as leis gerais e abstratas incorporam o reconhecimento da desigualdade material no sentido de buscar promover a liberdade de todos. O ordenamento legislativo se amplia. A liberdade não mais pode ser entendida como a ausência de leis. Pelo contrário, requer a materialização mínima da igualdade a ser realizada pela lei. As constituições prometem cidadania por meio do reconhecimento dos direitos coletivos de auto-organização e dos direitos sociais, que na verdade são prestações sociais, dependem de políticas públicas a serem implementadas pelo Estado.”²¹³

No marco da intervenção sempre crescente de um Estado burocratizado, estabelece-se um novo processo de aprendizagem:

“Aprendemos a duras penas que nem tudo o que é estatal é público. A burocracia pode se assenhorar do espaço público, pode privatizá-lo para atender ao seu próprio interesse. Bem como aprendemos que o privado não é o terreno do egoísmo individual que antecederia a própria vida em comum e a condicionaria

²¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 19.

²¹² CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 20.

²¹³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 20.

enquanto exigência de uma suposta evidência racional. O espaço do privado ressurgiu agora como uma dimensão essencial e constitutiva do espaço público, necessariamente integrado pela sociedade civil organizada, capaz de controlar e zelar pela manutenção do caráter público do próprio Estado, sempre passível de ser privatizado quando, em nome do alegado interesse de todos, se desrespeitarem diferenças privadas constitucionalmente asseguradas como condição básica da igualdade pública da cidadania plural de uma sociedade complexa.”²¹⁴

Diante do “hiperdimensionamento do Estado” e da subsequente crise do Estado Social emergem novas compreensões das dimensões dos princípios estruturantes:

“Se, por um lado, liberdade e igualdade não mais podem ser apenas formais, por outro, a sua simples materialização pela via da tutela estatal de um povo imaturo, das massas, não somente não é suficiente, mas também é ela mesma destruidora da própria idéia de cidadania, gerando, no máximo, clientes paternalizados e manipulados, nunca cidadãos. E isso sempre se dará se a materialização desses direitos fundamentais for vista e vivenciada como pré-condição para o pleno exercício da cidadania, fundando-se na crença implícita segundo a qual para que alguém seja respeitado como cidadão, ou seja, tenha o direito de ter direitos, de ser ouvido e de participar da vida pública, seria necessário que já tivesse educação, saúde, cultura, etc., consoante os padrões estabelecidos unicamente pela burocracia estatal. As massas, por definição, em nada poderiam opinar acerca dos serviços técnicos que transformariam os seus integrantes em cidadãos. Desse modo é que, no paradigma do Estado Social, os próprios destinatários desses serviços públicos terminavam por ser excluídos da discussão acerca do planejamento e execução dos mesmos.”²¹⁵

Daí que num terceiro modelo, do Estado Democrático de Direito:

“A idéia de direitos fundamentais requer, desde já, ao contrário, a participação dos afetados, exigindo que se reconheça a igualdade cidadã dos diferentes e

²¹⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 20-21.

²¹⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 21-22.

trazendo para o primeiro plano o problema da relação entre o saber técnico, o saber científico, e a tomada democrática de decisões políticas. Não há técnica, não há ciência que não envolva opções políticas, como não há política que não envolva conhecimento científico.”²¹⁶

Exposto desse modo, pode-se pensar nas dimensões da liberdade e da igualdade como soluções provisórias, mas cumulativas, para o enfrentamento de riscos na integração entre o social, o político e o jurídico. Num primeiro momento, o risco é o de subsumir o direito nas formas de hierarquias mantidas pela tradição. Num segundo momento, o de não perceber a manutenção de hierarquias para além dos limites legais de definição da igualdade e da liberdade. Num terceiro momento, o risco de compreender o enfrentamento das hierarquias sociais mantidas e reinventadas com base na supressão do direito à liberdade dos destinatários. Enfim, tradição, indiferença e burocratização são riscos conhecidos da atual dimensão dos princípios estruturantes. No primeiro caso, havia a indiferenciação entre o jurídico, o político e o social. No segundo caso, uma tentativa de desacoplamento do jurídico e do social pelo recurso ao político. No terceiro caso, a tentativa de acoplar o social e o jurídico com recurso a um modelo de institucionalização burocrática do político.

De fato, cada um daqueles modelos de construção institucional, indicou a “preponderância dos Poderes ao longo do eixo temporal da vivência constitucional”. No paradigma, liberal ou do Estado de Direito, “o poder central é o Legislativo, a quem compete praticamente fechar o Direito, na medida em que dita normas claras, distintas, etc.” No do “Estado Social, a centralidade no arranjo desses Poderes desloca-se, clara e nitidamente, para o Executivo”. Aqui o povo era retratado como “uma massa carente de direitos substantivos concretos, e que, por isso mesmo, só poderiam ser determinados e definidos pela burocracia estatal”.²¹⁷

No paradigma, do Estado Democrático de Direito, há novos deslocamentos. A “história do Direito Constitucional” parece apresentar-se como “uma história de promessas não cumpridas, de promessas frustradas. A cobrança que ora emerge é

²¹⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 22.

²¹⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 25.

a das efetivas institucionalização e realização desses direitos em nossa vida cotidiana.”²¹⁸ Agora:

“A norma requer a sua integração com os elementos fáticos da situação individual e concreta a que está sendo aplicada, requer um processo de concretização, de densificação. Dessa forma é que se torna claro que, tendo em vista a própria finalidade básica do Direito, o assentamento das expectativas recíprocas de comportamento dos membros da sociedade, o centro do ordenamento é ocupado pelo Judiciário.”²¹⁹

Entretanto, eis que aqui o papel do Poder Judiciário também não pode ser o de repetir os erros precedentes, ou seja, o de não apreender a necessidade de desvincular o direito das hierarquias tradicionais e hierarquizadas, de supor que tais hierarquias tenham sido suprimidas pelo mero enunciado da legal ou de que outras novas não tenham sido instauradas, o de que soluções para ambas as hierarquias possam ser encontradas desconsiderando a atuação dos destinatários na construção de soluções.

Se o Poder Judiciário não pode restar indiferente, tampouco pode conceber que suas soluções construídas num saber técnico apresentam-se como necessariamente a única solução constitucionalmente adequada. A propósito, Häberle, ao tratar da sociedade aberta dos intérpretes da constituição, afirma que os litigantes e a esfera pública plural condicionam a interpretação, não se podendo “superestimar sempre o significado do texto”.^{220 221} Esse ponto de partida pode ser considerado não apenas como uma referência a existência de uma sociedade civil,

²¹⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 26.

²¹⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (org.). A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003, p. 26.

²²⁰ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 41-43.

²²¹ Sobre a existência de diversas esferas de comunicação a que se destina o discurso jurídico, veja-se: HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997; PERELMAN, Chaïm; TYTECA, Lucie Olbrechts. Tratado da Argumentação. A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996; PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

uma esfera pública de discussão paraestatal, mas também como uma abertura das esferas institucionais de decisão, pois, como afirma este autor:

“(...) a reflexão sobre a interpretação constitucional demonstra que, de uma perspectiva funcional-processual, correção funcional da interpretação constitucional leva praticamente a uma diversidade da interpretação constitucional. A interpretação correta depende, pois, de cada órgão, do procedimento adotado, de sua função e de suas qualificações.”²²²

Por sua vez, é difícil a questão de saber sobre se e em que medida novos participantes devem ser “normativamente constitucionalizados”, visto que:

“Constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional (procedimental). Para conteúdos e métodos, isto se aplica de forma limitada. Fundamentalmente, o processo político deve ser (e deve permanecer) tanto quanto possível, aberto, devendo também uma interpretação ‘diversionista’ ter oportunidade de se sustentar em algum momento. É verdade que o processo político é um processo de comunicação de todos contra todos, no qual a teoria constitucional deve tentar ser ouvida, encontrando espaço próprio e assumindo sua função enquanto instância crítica.”²²³

Numa sociedade plural, plural também em seus problemas e nas valorações de importância que eles recebem do influxo de um espaço público aberto às demandas sociais, os modelos institucionais podem e devem ser também plurais. O controle das políticas públicas, vale dizer, da ação do executivo, pelo poder judiciário, na prestação de serviços públicos deve considerar a distinção entre políticas públicas construídas sob o manto do domínio burocrático e aquelas que são reconstruídas na efetivação das promessas constitucionais pela participação cidadã. Não se trata de negar o papel do político na criação de leis gerais, mas dos limites do pluralismo constitucional concebido como institucionalização da política pelo sistema representativo. Há, no Estado Democrático de Direito, a abertura do espaço

²²² HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 52.

²²³ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 55. Convém ressaltar na citação acima que não se partilha a projeção do autor da imagem hobbesiana da guerra de todos contra todos para a esfera da comunicação, isso porque ela oculta as dimensões coletivas e abertas das relações de comunicação como demonstradas por autores diversos, tais como Gadamer, Habermas e o próprio Heidegger.

estatal ao social que deve ser requerida e incentivada pela atuação do Poder Judiciário, desde que, no caso concreto, fique demonstrada a presença de procedimentos que tenham satisfeito os princípios estruturantes de igualdade e liberdade. Trata-se de um controle que escapa à mera análise da legalidade formal ou ao conteúdo da política. Requer o controle da presença de procedimentos democráticos que são condicionantes da forma e do conteúdo.

Não se adere, neste ponto, a tese de Häberle de que o direito constitucional, embora não seja uma teoria harmonizadora, seja uma teoria do direito de conflito e compromisso. Isso porque a idéia de compromisso, diverso do compromisso procedimental, se apresenta, num primeiro plano, como incompatível com a concepção de direito como integridade. Porém, o debate proposto permite reconhecer que o Poder Judiciário não é dotado de onipresença. De igual modo, é conveniente se pensar que não se possa esperar que todas as relações humanas sejam imediatamente traduzidas em relações jurídicas, ou de que o social e o político sejam absorvidos pelo jurídico. O constitucionalismo como modelo de integração de uma sociedade complexa não pode significar a concretização da ilusão do próprio sistema jurídico de que toda e qualquer relação é uma demanda jurídica. A hipertrofia do sistema jurídico é um risco a ser considerado. Com efeito, resta saber como considerar a atuação do sistema jurídico numa sociedade em que os conflitos são cada vez mais interpretados como conflitos constitucionais. Esse ponto de partida se, de um lado, reforça a integração, de outro, cria a possibilidade de frustração com o próprio constitucionalismo na medida em que não se apresenta como possível que o tempo do procedimento judicial corresponda ao caráter dinâmico das relações sociais. À Corte constitucional restaria um papel, ainda importante, como se disse acima, de afirmar que conflitos humanos quando traduzidos em conflitos jurídicos serão encarados como problemas de integridade. Logo, é conveniente que conflitos humanos sejam, da mesma forma, considerados como problemas de integridade.

Disso decorre a validade da tese de Häberle, num segundo plano, de que a Corte Constitucional, ou melhor, de que a “dimensão e a intensidade do controle judicial” devem ser diferenciadas “em face da medida de participação” expressa pela seguinte fórmula: “Um minus de efetiva participação deve levar a plus de controle constitucional. A intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo

as possíveis formas de participação.”²²⁴ Um dos pontos centrais dessa perspectiva é de que entre as tarefas de adequação constitucional está a de que se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (“interesses não representados ou não representáveis”). Outro ponto importante é de que se considere a legitimidade de normatizações que foram elaboradas num ambiente de intensa participação democrática.²²⁵ Esses dois aspectos adquirem novas dimensões quando se consideram formas de exclusão institucional historicamente consolidadas, problemas de “fronteira”, como anteriormente indicado.

Isso não significa negar o papel garantidor do Poder Judiciário e do Constitucionalismo contra a ditadura popular, mas o de reconhecer que democracia e constitucionalismo tem expressão institucional também plural, permanecendo a tarefa de controlar a violação aos direitos fundamentais dos procedimentos na tradição contra-majoritária do constitucionalismo. Porém, a pluralidade institucional decorre, em primeiro lugar, da própria complexidade dos problemas que não mais podem encontrar soluções num pólo único, fonte do poder; em segundo lugar, do reconhecimento de que problemas referentes aos riscos da violação da igualdade e da liberdade não podem mais se apoiar numa visão do saber científico como resultante de uma atividade neutra e impessoal; em terceiro lugar, que o fim almejado por prestações estatais não pode ser apenas uma correção da hipossuficiência, mas deve visar também à ação auto-transformadora de subjetividades negadas em seus direitos fundamentais²²⁶; em quarto lugar, do fato

²²⁴ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 46.

²²⁵ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 44-46.

²²⁶ A distinção entre indivíduo e sujeito é estabelecida por Castor M. M. Bartolomé Ruiz da seguinte forma: “O indivíduo se sujeita flexivelmente (docilmente) aos referenciais externos elaborados pelo modelo social que configura sua identidade e adapta sua prática aos objetivos do sistema. O sujeito, diferentemente, constrói seus próprios referenciais (simbólicos) para auto-definir-se como pessoa, o que lhe possibilita direcionar sua prática de modo autônomo. O indivíduo assume uma prática cooperante com as estruturas que o modelaram, ao passo que o sujeito cria suas próprias práticas, direcionadas segundo o universo simbólico por ele constituído. O indivíduo é livre para escolher entre uma diversidade de opções postas para ele, mas não por ele. O sujeito cria sua opção de ser pessoa e seu modo de entender a sociedade. É necessário frisar que o sujeito só existe a partir do momento em que constrói sua autoconsciência de sujeito, sua identidade. Sem identidade, isto é, sem a consciência, assumida para construir suas próprias possibilidades de ser, o sujeito simplesmente não existe.” RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. O (AB) Uso da Tolerância na Produção de Subjetividades Flexíveis. In: SIDEKUN, Antônio. Alteridade e Multiculturalismo. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2003, p. 116. Muito embora se questione nessa distinção a retomada do paradigma da consciência, ela permanece como um momento discursivo importante na construção de práticas

de numa sociedade complexa não se pode pressupor que um sujeito do conhecimento seja capaz de compreender e apreender a construção de soluções, a insuficiência do sujeito do conhecimento implica a valoração de esferas públicas de decisão que sejam locais, interdisciplinares, com a participação dos destinatários.

Desse ponto de vista, não há que se retomar a limitação do Poder Judiciário, na velha fórmula do Estado Social, entre decisões de natureza política, escolhas discricionárias que não poderiam ser avaliadas pelo Poder Judiciário, que repisavam, de outro modo, a fórmula de um Estado de Exceção como componente constituinte da soberania. A solução que se apresenta mais viável é a assunção de um papel constitucional de garantia de procedimentos democráticos e limitações, mais principiológicas, do que concretas, aos modelos de intervenção social. Numa sociedade plural, o controle de constitucionalidade, sobre os modelos institucionais de prestações sociais, é menos a defesa do único modelo constitucionalmente correto, tal como se o caso espelhasse uma única decisão válida e possível, e mais a exclusão de alternativas violadoras, em termos principiológicos da liberdade e da igualdade, e a admissão da pluralidade de alternativas.

Em outras palavras, num modelo de materialização da cidadania e vinculado a uma sociedade cada vez mais complexa, o pluralismo institucional é uma dimensão do próprio constitucionalismo. Porém, isso não significa que modelos "gerais" de prestações sociais, distribuídas conforme a universalidade da dignidade de todos os indivíduos ou segundo padrões já conhecidos de desigualdade como a pobreza econômica, não necessitem ser garantidos e debatidos nas esferas políticas institucionalizadas. A esfera política do legislativo guarda sempre relevância quando se considera a magnitude dos problemas de violação de direitos fundamentais. Entretanto, a eficácia de qualquer política pública não pode ser garantida se forem desconsiderados, já na determinação de seus parâmetros gerais, aspectos concretos referentes às condições fáticas dos destinatários e se desconsideradas as posições reivindicantes desses mesmos destinatários, estabelecidas num ambiente de relações conflituais complexas. O pluralismo institucional é também um requisito

identitárias. A descoberta (construção) de uma identidade está vinculada à produção de um discurso do sujeito como desejante de uma liberação de diversas formas de condicionamento, oposição à negação de necessidades e à opressão. Como se argumenta no quinto capítulo, muito embora a condição de vítima dependa de práticas interpretativas, ela não pode, por conta disso, ser negada. Sobre a dimensão relacional da identidade veja-se: HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento. São Paulo: Ed. 34, 2003.

das tradicionais políticas públicas, no entanto, é ainda mais necessário quando novas políticas públicas visam atingir novos destinatários, quando se defrontam com novos problemas para os quais a burocracia não é capaz de absorver um conhecimento de especialistas, ou quando se contesta é justamente o modo como a burocracia lida com determinadas situações ou sujeitos, produzindo iniquidades.

Todas essas questões se refletem, como se verá no quarto capítulo, sobre as “cotas raciais” no ensino superior. Primeiro, porque o que se questiona constitucionalmente não é uma lei, mas uma pluralidade de modelos de intervenção pública, criados de baixo para cima com ampla participação popular; segundo porque se trata de uma área sensível de entrecruzamento de conhecimentos especialistas e experiências concretas, posto que diversos programas não apenas reconstróem a noção de mérito como reelaboraram suas experiências próprias de discriminação e preconceito racial; terceiro porque há uma diversidade regional evidente nas situações de exclusão; quarto porque os objetivos dos novos modelos envolvem o empoderamento de novos sujeitos sociais, o que não pode ser alcançado pelo seu rebaixamento do ponto de vista operacional, da implantação dos programas; quinto porque os ambientes de decisão - as instâncias administrativas universitárias - são espaços de exclusão racial nos quais, todavia, um pensamento contra-majoritário se impôs com uma lógica argumentativa racional; sexto porque a definição dos beneficiários não é meramente uma tarefa administrativa, mas uma tarefa política que envolve as finalidades das políticas públicas construídas coletivamente.²²⁷

9 Conclusão

Intentou-se estabelecer alguns pontos de partida para a argumentação dos próximos capítulos.

Nesse sentido, apenas para fins de exposição didática, convém listar quatro pontos referentes à primeira parte deste capítulo.

O primeiro, refere-se ao modo de conceber a forma e o conteúdo da matéria constitucional. A procedimentalização no modelo constitucional oferece, a partir do reconhecimento de novos sujeitos constitucionais, uma solução adequada para a

²²⁷ Sobre a pluralidade de modelos de inclusão no Ensino Superior, veja-se o quinto capítulo.

leitura de novos conteúdos que não fazem parte do rol de direitos comumente encontrados nas constituições ocidentais na configuração do Estado Liberal ou Social, mas que se referem às experiências de trajetórias constitucionais em países marcados pela escravidão, pelo genocídio e pelo racismo. Tais direitos são ao mesmo tempo universais e locais, pois, se é o modelo constitucional do direito como integridade - como igual respeito e consideração, a tensão entre liberdade e igualdade - que lhe dá dinamicidade, é a experiência fundante da Modernidade em seu conteúdo negativo - a fratura constitutiva desse ambiente social local, mas em relação com formas sociais universalizantes - o elemento de aproximação entre vida social e sistema jurídico. Em outras palavras, se foi a pretensão de universalidade que permitiu ocultar as diferenças e reproduzi-las como formas de desigualdade, é esta mesma pretensão que permite, contraditoriamente, reconhecer os seus limites e, portanto, a necessidade de reconhecimento das diferenças para sua realização.

O segundo, refere-se ao modo como diversos conceitos da teoria constitucional (em especial, esfera pública, sujeitos constitucionais e soberania) são articulados quando se opta entre uma versão procedimentalista ou substancialista de acoplamento entre democracia e constituição. A alternativa procedimental do direito como integridade e o modelo de comunidade fraterna oferece uma solução mais adequada para o problema de uma ordem social pluralista e conflituosa, porquanto impede a apropriação do social pelos discursos hegemônicos e evita o atalho (vez que não quer ver ou não vê os fundamentos descalçantes da modernidade) e a armadilha (porque não quer ver ou não vê o vínculo entre imagens nacionais e formas de opressão política) de opor demandas por direitos, em razão da violação de direitos fundamentais, a concepções homogeneizantes da sociedade.

O terceiro, ao papel da liberdade na formação do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito. A liberdade não como um direito subordinado à igualdade, mas em tensão produtiva, capaz de refundar a ordem social estabelecida. Liberdade que não pode mais ser lida como liberdade dividida, confinada ou disciplinada, mas como liberdade cidadã, capaz de redimensionar o espaço público, privado e o espaço "estatal". Liberdade que também justifica a necessidade de reconhecimento de novos (mas historicamente velhos) sujeitos organizados em torno de situações concretas de desigualdade social e marginalização,

reconstrutores de uma identidade negada, espoliada, humilhada, redefinidores dessa mesma identidade em nome da pretensão de Dignidade Humana.

O quarto, à dignidade e à precariedade da história constitucional. A perspectiva do romance em cadeia demonstra a necessidade de compreender a identidade da história constitucional como um processo em contínua reconstrução. Conferir dignidade à história constitucional é reconhecer o seu caráter intrinsecamente incompleto.

Esses quatro pontos de partida se desdobram nos capítulos seguintes: a) para reconhecer as histórias normativamente incluídas na Constituição de 1988; b) para reconstruir uma história precária que relaciona a construção da liberdade e as lutas sociais dos povos da diáspora negra; c) para reconstruir o modo como a reação à liberdade faz emergir o medo, e como o medo da violência se insere nos discursos políticos autoritários; e d) para demonstrar como esse medo localizado no social-racial é o pano de fundo da construção da ideologia sobre nossa identidade nacional.

CAPITULO II: ELEMENTOS DO PLURALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – PERSPECTIVAS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO RECONHECIMENTO DOS NEGROS COMO SUJEITOS DE DIREITOS E DESTINATÁRIOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

“É o desenho que dá forma aos seres; cabe à cor dar-lhes vida. Eis o sopro divino q̄bue os anima. (...) Apenas os mestres na arte sabem julgar o desenho; qualquer um pode fazê-lo quanto à cor.” (DIDEROT, Denis. Ensaio sobre a Pintura. [s.l.]: [s.n.], 1795, p.45).

“Para superar o racismo, nós devemos primeiramente levar a raça em consideração. Não há outra alternativa. E para que possamos tratar algumas pessoas com eq̄uidade, nós temos que tratá-las diferentemente. Nós não podemos – nós não devemos – permitir que a Cláusula de Igual Proteção perpetue a supremacia racial.” (Harry Blackmun, Juiz da Suprema Corte Americana).²²⁸

1 Introdução

O presente capítulo visa debater os elementos do pluralismo na Constituição Federal de 1988. Diante das perspectivas teóricas adotadas, não há a pretensão de oferecer soluções constitucionais abstratas para todas as questões que envolvem o surgimento de novos sujeitos vinculados ao processo de incorporação histórica, às populações originárias das Américas e aos povos da diáspora africana. A pretensão é mais restrita. Neste momento, tendo em vista a disputa interpretativa enunciada na introdução, se pretende explorar um pouco as possibilidades de sentido do texto

²²⁸ Citação retirada da obra: GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 236.

constitucional em relação ao tema das ações afirmativas, na tensão entre igualdade/liberdade e o reconhecimento da desigualdade e da identidade raciais.²²⁹

Inicia-se uma leitura da diferença na Constituição brasileira capaz de apreender as possibilidades de uma sociedade plural em sua formação que contemple como sujeito de direitos o grupo negro. Argumenta-se que a leitura do texto constitucional no que se refere à raça deve ser capaz de compreender a relação entre os elementos que tratam da proibição da discriminação racial e os elementos que pretendem constituir uma sociedade plural e solidária, reduzir as desigualdades sociais (raciais) e valorizar a participação na cultura nacional do grupo negro, bem como respeitar o referencial dos Direitos Humanos, tanto em seu processo de generalização quanto de especificação.

Defende-se que no caso brasileiro, a legitimidade das reivindicações feitas em nome de uma identidade racial ou étnica "humilhada", pela ausência de igual respeito e consideração, pode ser redimensionada quando se consideram as origens teóricas das novas designações de sujeitos constitucionais, interpretando sua força normativa na constituição de uma sociedade plural e, sobretudo, quando se pondera, ao invés da historiografia oficial sobre evolução do texto constitucional, a historiografia das lutas constitucionais, das conquistas por direitos, sempre adiadas, que impulsionam sua transformação.

2 1988, O (Re) Encontro da Constituição e seu Povo?

A Constituição de 1988 é um momento fundante na trajetória do constitucionalismo nacional. Conforme se afirmou, nas palavras de Luis Roberto Barroso, a história do constitucionalismo brasileiro em seus traços mais marcantes caracteriza-se pelo desencontro entre o texto e as reivindicações do povo, e entre texto e realidade, ou seja:

"A experiência política e constitucional do Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu

²²⁹ Trata-se tão somente de primeiro passo, pois a compreensão da permanência de práticas interpretativas restritivas relacionadas ao tema da raça depende da compreensão da liberdade negada no curso de uma história constitucional que incluiu os povos originários e da diáspora negra pela exclusão, tema dos dois próximos capítulos. A liberdade foi, nesse sentido, aquilo contra o que uma tradição de práticas interpretativas restritivas reagiu, momento negativo, mas constante, e que necessita ser posto a nu.

destino. Quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de seletividade das múltiplas Constituições e de uma infundável sucessão de violações da legitimidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas.”²³⁰

O desencontro entre texto e realidade (falta de efetividade) foi fruto “do não reconhecimento da força normativa” da Constituição e da “falta de vontade política” de dar-lhe aplicação (desrespeito à legalidade constitucional), influenciadas pela prevalência de uma tradição europeia que via na Constituição “uma mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral.” Por sua vez, o desencontro entre texto e povo (“ilegitimidade ancestral”) “materializou-se na dominação de uma elite” patrimonialista, sem “um projeto de país para toda a gente”, viciada em privilégios e que se apropriou do espaço público, produzindo uma série de déficits sociais.²³¹

A relação entre “desrespeito à legalidade constitucional” e “ilegitimidade ancestral” não é um problema que possa ser atribuído, contudo, apenas a falhas nos textos normativos, mas deve ser considerada como uma forma funcional de estabelecer a exclusão das esferas de poder e de apropriação da riqueza. Durante décadas, o discurso que justificou, e ainda justifica, esse quadro foi a não constituição prévia de um povo, e, sobretudo, suas características, tais como não inclusão ao sistema formal de ensino ou a ausência de cultura cívica. Se o povo não estava constituído não poderia haver uma Constituição que tivesse as características ideais, o que servia, novamente, para negar a força normativa dos direitos do povo que se pretendia, supostamente, ver constituído. Em outras palavras, os discursos jurídicos e político constituíam de forma circular o próprio problema que se pretendia resolver.

A não-cidadania tinha como complemento a cidadania tutelada, tese, segundo a qual, a retirada de direitos, tais como os direitos de participação política e de liberdade de expressão, eram pressupostos para a implementação de direitos sociais capaz de civilizar o povo e adequá-lo aquilo que ele “deveria ser”. Em nosso cenário intelectual elas foram teorizadas e receberam ares de cientificidade. Ao mesmo tempo, o país esteve ou sob a eminência da implantação de regimes

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. São Paulo: Renovar, 2003, p. 284.

²³¹ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. São Paulo: Renovar, 2003, p. 284.

autoritários, ou sob a sua tutela, ou, por fim, intentava reconstruir a democracia, após o término desses regimes.

A comparação e a separação entre os regimes totalitários e os regimes autoritários em algumas de suas características permitem compreender as particularidades das versões substancialistas e os efeitos sociais que se pretendiam ver produzidos no país.

Segundo Boris Fausto, o totalitarismo visava sujeitar a sociedade nos moldes de um Partido-Estado para o qual a figura do chefe era fundamental, quer na sua organização quer na criação de vínculos emocionais com as massas.²³² Entretanto:

"Por sua vez, o regime autoritário – produto também das condições políticas vigentes no século XIX – caracteriza-se, negativamente, por menor investimento em todas as esferas da vida social, pela inexistência de uma simbiose entre Partido e Estado, sendo o primeiro quase inexistente, dependente do último; pelas restrições à mobilização das massas. Um dos traços básicos do autoritarismo consiste na relativa independência que preserva a sociedade em relação ao Estado: a autonomia de algumas instituições em especial as religiosas, e de uma esfera privada de pensamento e crença, embora apenas tolerada. O autoritarismo tende a ser mais conservador, ligado às tradições do passado enquanto os regimes totalitários buscaram, nesse mesmo passado, seus elementos míticos heróicos (...)"²³³

O autoritarismo foi estatal, desmobilizador, conservador e implicou na distribuição seletiva de direitos para apenas algumas elites e, portanto, na preservação de uma consciência do valor dos direitos como algo não passível de universalização para o conjunto da população. Ao invés de um apagamento das hierarquias sociais, mobilizou hierarquias tradicionais no processo de modernização econômica. Ao invés da descoberta de um povo unificado em seu passado de glórias, produziu uma pacificação dos conflitos e redimiu, no presente, as hierarquias do passado. Ao invés de produzir uma ideologia do homem-massa, refundou a família patriarcal e escravocrata como o símbolo máximo da tarefa civilizadora.

²³² FAUSTO, Boris. O Pensamento Nacionalista Autoritário. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 7.

²³³ FAUSTO, Boris. O Pensamento Nacionalista Autoritário. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 8.

Substituiu a sociedade de indivíduos e a democracia de cidadãos pela democracia racial, transformando problemas públicos em questões privadas.²³⁴

A partir da Constituição de 1988, “o povo ingressou tardiamente como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente.”²³⁵ No contexto da redemocratização, os poderes das elites “foram atenuados por fenômenos políticos importantes, como a organização da sociedade, a liberdade de imprensa, a formação de uma opinião pública mais consciente, o movimento social e, já agora, a alternância do poder.”²³⁶

Entretanto, mesmo após a nova Constituição, a tese da incapacidade do povo ganhou novos ares de cientificidade a partir da tese da constitucionalização simbólica que resgatou, embora não explicitamente, a distinção entre normas formal e materialmente constitucionais. Os dispositivos constitucionais (os quais desta vez contaram com maior participação popular e maior legitimidade) expressariam desejos, programas não realizáveis, normas sem conteúdo factual etc. O que mediria o grau de constitucionalização simbólica seria algo externo ao sistema jurídico, a capacidade econômica de um país ou a organização administrativa. Recupera-se, deste modo, um conhecido argumento sobre mundo das idéias, transformada em normas, e a realidade externa, pré-constituída às normas, na qual essas normas deveriam ser aplicadas.

A constituição seria apenas um sonho que se esvaece diante do realismo dos intérpretes, colocados como observadores neutros, e separados, de seu objeto de estudo. Esse “realismo constitucional” opera, portanto, assim como o seu avesso idealista, com a mesma dicotomia ideal-real. Ocorre que o discurso sobre o real, também o constitui e, do ponto específico, sistema econômico e administrativo são constituídos também por normas. Visto em seu conjunto, o novo argumento reeditou antigas questões. Se antes o povo não podia escrever suas constituições, agora, quando o faz, o intérprete não poderia lê-las, pois o povo escreve mal, escreve por excessos e por detalhes.²³⁷

²³⁴ Tais temas são desenvolvidos ao longo dos capítulos segundo e terceiro.

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. São Paulo: Renovar, 2003, p. 285.

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. São Paulo: Renovar, 2003, p. 285.

²³⁷ Sobre a constitucionalização simbólica, veja-se: NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica da Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. Revista Trimestral de Direito Público, 12/1995, Malheiros Editores, p. 156-

De modo direto, o argumento da legalidade impossível do texto constitucional decorre da ilegitimidade política e social que se pretende preservar. O referente material que explica a distância entre texto e realidade não é um dado, mas relações econômicas e de poder que se constituem também a partir de discursos. Como convém lembrar, as idéias dominantes em determinado momento histórico não são as idéias das classes dominantes, mas as idéias de sua dominação.²³⁸ O discurso sobre uma diferença que impediria a legalidade constitucional constitui e assegura a impossibilidade de reencontrar procedimentalmente, por meio das práticas jurídicas, a legitimidade.

Observada em seu conjunto, paira sobre as lutas interpretativas em torno da aproximação entre texto e realidade o problema da constituição do povo, tema que, na literatura política e jurídica brasileiras tem longa tradição vinculada ao discurso sobre a Nação e, de modo específico sobre a raça e as culturas dos povos originários e da diáspora negra. Esse aspecto será abordado apenas nos dois próximos capítulos.

Cabe iniciar com as dificuldades quanto à construção do princípio da igualdade.

3 Ontem e Hoje: a Persistência do Tema da Igualdade

O debate sobre a Igualdade para os negros e indígenas não é novo em terras nacionais. Ele fez parte de inúmeras lutas anônimas, cujos registros ficaram perdidos na exclusão sistemática da memória dos vencidos. Não obstante, trechos desse debate ainda podem ser relidos nos livros de história. Esse é o caso paradigmático de Adão José da Lapa que, conforme registros judiciais de 1831, é qualificado como "preto, casado e proprietário". 'O senhor Adão, escravo liberto, possuía uma casa de quitandas na Corte, mas teve seu negócio invadido, segundo suas alegações, arbitrariamente pelo inspetor policial que, numa das ocasiões,

167. Sobre as normas programáticas, veja-se: BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. São Paulo: Renovar, 2003, p. 285.

²³⁸ Sobre o conceito de ideologia, veja-se: LÖWY, Michael. As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. São Paulo: Busca Vida, 1987, p.19-25; LÖWY, Michael. Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 1988, p. 35-40; CHAUI, Marilena. O que é ideologia?. São Paulo: Brasiliense, 1981.

furtou-lhe alguns objetos. Inconforme, representou ao Trono. A razão de seu descontentamento devia-se ao fato de que o Juiz de Paz se negara a ordenar a elaboração de exame de corpo de delito. O Magistrado, por sua vez, o acusava de ser "suspeito" de abrigar escravos foragidos, embora inúmeros atestados de antecedentes comprovassem a "idoneidade moral" do acusado. O suplicante ao trono fundamentara seu pedido "na garantia que a todos os cidadãos dão as leis". Ao final, apesar de todas as regras e provas favoráveis, Adão teve sua prisão decretada pela mesma autoridade judicial com a qual se desentendera.²³⁹

Embora se possa querer fixar uma data aleatória para o nascimento da demanda por Igualdade em 1831, devido ao sugestivo nome do autor de triste história acima descrita, o registro serve apenas para que se pondere sobre a trajetória de reivindicação desse direito em nosso país e quanto à necessidade de compreender as suas atuais perspectivas num contexto mais amplo.

A demanda por igualdade não nasceu em além muros das fronteiras nacionais e tampouco é coisa de ontem, isso é certo. O pleito do Sr. Adão sugere inúmeras questões sobre a natureza contraditória do direito à igualdade: Diante dos valores que negam o direito à escravidão e repudiam o racismo, poder-se-ia supor que o Sr. Adão, ainda que culpado, devesse ser preso? Poder-se-ia justificar a atitude do juiz como "um homem de seu tempo", ainda que outros juristas à época não fossem igualmente indiferentes à escravidão, travando verdadeira luta pela abolição no plano judicial? Pode-se negar o fato de que o limite à atuação de Adão não foi decorrente de sua condição de escravo, mesmo porque não era cativo, mas da sua condição de ser negro?

O debate atual sobre programas de ação afirmativa para negros e indígenas retoma tensões que já persistem desde a escravidão. Os discursos apresentados contra tais programas são extremamente semelhantes àqueles vividos quando da implantação de uma abolição lenta e gradual e da concessão de uma liberdade sem cidadania. De igual modo, os argumentos favoráveis espelham parte do abolicionismo negado neste processo e que intentou, em vão, fundamentar a abolição em bases morais e não apenas em argumentos econômicos. Atualmente, o dilema ético mais decisivo para o constitucionalismo pátrio, ao debater a adoção desses programas, é o fato de que Adão José da Lapa representa, ainda, um

²³⁹ O caso é transcrito por SOARES, Carlos Eugênio Libano. *A Capoeira Escrava e outras tradições rebeldes no Rio de Janeiro (1808-1850)*. Campinas: Unicamp, 2002.

conjunto ponderável de cidadãos para quem a igualdade, ainda que formal, é um luxo irrealizável. Some-se o fato de que, como se tem demonstrado empiricamente, o tempo não foi capaz de vencer as desigualdades raciais em nosso país.

Em algumas decisões judiciais sobre a constitucionalidade desses programas, especificamente aqueles destinados ao acesso no Ensino Superior, o dilema transparece. Como argumentou o Magistrado da Justiça Federal Vicente de Paula Ataíde Júnior no indeferindo de pedido de liminar em Mandado de Segurança contra o Plano de Inclusão Racial e Social adotado pela Universidade Federal do Paraná:

“A adoção do sistema de cotas pela UFPR é uma política afirmativa que veio instrumentar o processo de superação das desigualdades sociais históricas entre negros e brancos, com isso cumprindo o seu papel na consecução dos objetivos maiores da Constituição brasileira, que como foi dito, traduzem-se na realidade da igualdade material entre as pessoas, erradicando a marginalização e o preconceito.

Significa dizer que a Universidade, com sua ação afirmativa, abre espaços para os negros no ensino superior. Espaços originalmente negados pela marginalização, pobreza e discriminação social. As pessoas negras precisam saber que agora têm espaços para ocupar. Esses espaços, uma vez ocupados, forçam uma mudança de panorama, promovem a inclusão, conscientizam, amadurecem. As cotas não são para sempre. São transitórias, neste momento histórico em que é preciso intensificar o processo de inclusão social e intelectual do negro, visando à sua cidadania plena, à sua emancipação e à igualdade de oportunidades. A idéia é que chegará um momento em que as cotas não serão mais necessárias, porque se atingiu um nível ótimo de igualização que permite ao negro disputar com os brancos, em pé de igualdade, as chances de vida em abundância.

É evidente que esse tipo de ação afirmativa não basta por si só. Outras políticas públicas precisam ser implementadas, especialmente em relação ao acesso e a permanência nos ensinos fundamentais e médio. Mas isso não infirma a validade da política de cotas com um dos instrumentos da política pública de inclusão social e de igualização material.

(...)

A impetrante defende que o sistema de cotas viola a Constituição nesse ponto, uma vez que a classificação no vestibular não se baseia na capacidade do candidato, mas na sua cor.

(...)

Dessa forma, o sistema de cotas para negros não viola o artigo 208, V, da CR; visa, na verdade, a viabilizar o estrito cumprimento do preceito, a partir do momento que promove a igualdade substancial, permitindo que se crie um universo social em que negros e brancos poderão, igualmente, adquirir a mesma capacidade intelectual.

E não me impressiona, neste momento de cognição, os argumentos quanto às dificuldades para a definição de quem é negro para fins de ocupação de cotas, dada e acentuada miscigenação do povo brasileiro. O Brasil sempre soube que é negro para fins de escravização. Deverá sabê-lo, agora, no momento de reparar sua dívida histórica.

Por fim, sei exatamente o grau de frustração que a jovem impetrante está passando. Sei que lutou e perseverou para alcançar a disputadíssima vaga no curso de Medicina da UFPR. Não consegui concretizar, ainda, seu sonho, em função das cotas reservadas aos negros, que podem, é verdade, ter alcançado, na segunda fase, média inferior à sua.

No entanto, é chegada à hora de todos nós, brancos e aquinhoados pela vida em abundância, repartirmos o valor da dívida com o povo negro, que pela sua escravidão, contribuiu significativamente para a construção das bases do nosso país. Nosso débito é alto. Você está pagando por ele agora. Meus filhos certamente pagarão. E é possível que meus netos também o paguem. Mas não é possível negar essa dívida ou retribuir-lhes com a ingratidão ou o egoísmo. Conforme-se. Não há injustiça, nisso pelo contrário, é a justiça que ora é proclamada. Tente novamente. Você certamente conseguirá. E quando estiver nos bancos universitários e olhar para o lado, vendo seus colegas negros lá sentados com você, preenchendo um vazio de cor que antes existia, compreenda que você mesma ajudou a construir essa nova realidade, para que o Brasil começasse a se tornar uma sociedade mais livre, justa e solidária.”²⁴⁰

A decisão acima transcrita deixa entrever que a igualdade agora debatida não pode ser pensada nos estreitos limites do formalismo jurídico. Apela-se a conceitos pré-jurídicos advindos da História e da Sociologia, mas, sobretudo, destaca-se o caráter problemático de uma decisão que emana de um espaço marcado pela

²⁴⁰ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Decisão proferida em Mandado de Segurança contra o Reitor da UFPR. 1ª Vara federal de Curitiba/Pr; Autos n.: 2002.5.70.00.001963-0.

exclusão contra a qual as ações afirmativas se opõem. O magistrado foi capaz de reconhecer que a decisão lhe vincula de modo particular, pois ainda que não tenha nunca pretendido se beneficiar de um sistema social que privilegia os valores da branquidade, dele não pode furtar-se sem questionar as concepções tradicionais sobre a igualdade.

De fato, as ações judiciais propostas contra tais programas²⁴¹ demonstram que o teste de constitucionalidade dessas políticas impõe que sejam respondidas as seguintes perguntas:

Os negros e indígenas são discriminados na sociedade brasileira? Os negros e indígenas são objeto da incidência de formas de desigualdade social diferenciada? Em caso de resposta afirmativa às questões precedentes, reconhecida a discriminação contra tais grupos e a existência de uma desigualdade racial ou étnica, poder-se-ia instituir políticas públicas que buscassem promover a igualação com os demais grupos raciais e sociais? A política de “cotas” para programas de ingresso na Universidade seria uma medida adequada a tal finalidade? As Universidades estariam autorizadas a criarem tais políticas públicas?

Como se percebe, tais questões se baseiam na idéia de adequação entre pressupostos normativos e fáticos para a promoção da igualação entre grupos que podem ser considerados em situação de desvantagem. Entretanto, o debate sobre as condições fáticas de igualação existe sobre um “pano de fundo” no qual estão os motivos e condições que permitiram que a igualdade fosse concebida como um Princípio estruturante para o constitucionalismo nacional e objeto de intensas disputas políticas. Não se deve excluir, portanto, como fazem posturas positivistas, os valores (elementos essenciais do texto constitucional), mas antes averiguar quais os conflitos valorativos estão em jogo e quais as possibilidades jurídicas de uma escolha entre tais valores.

Nesse sentido, o racismo, elemento formador da subjetividade moderna, impõe limitações à percepção humana e condiciona a pré-compreensão dos

²⁴¹ Sobre políticas de ação afirmativa, veja-se: GOMES, Joaquim Barbosa. O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas. p.15-58. In: SANTOS, Renato Emerson & LOBATO, Fátima. (Org.). Ações Afirmativas: Políticas Públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003; GUIMARÃES, Antônio Sérgio. Ações afirmativas para a população negra nas universidades brasileiras. p. 75-82. In: SANTOS, Renato Emerson & LOBATO, Fátima. (org.). Ações Afirmativas: Políticas Públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003; SILVA FILHO, Antônio Leandro. Hermenêutica Constitucional: O Metaprincípio da Igualdade e as Ações Afirmativas para Afrodescendentes: Perspectivas em Ronald Dworkin. Monografia (Graduação). Curso de Direito, Faculdades Integradas do Brasil - Unibrasil, Curitiba, 2004.

problemas sociais vivenciados por determinados grupos. Nenhuma interpretação constitucional sobre a raça foi feita se o interprete não toca no cerne do problema constitucional a que ela se refere, o racismo. A primeira grande vantagem do debate jurídico em curso é trazer para esfera da consciência racional a possibilidade de se vencer a indiferença moral para com grupos sociais excluídos, malgrado nossas boas intenções para com aquele Princípio.

4 Sensibilidade Moral para as Desigualdades: Qual Igualdade?

A construção do conceito de Igualdade dependeu de séculos de história. A Igualdade não está aí, simplesmente. Não é um dado aparente e constatável. Tampouco pode ser desvinculada de uma reflexão sobre os valores inscritos na Constituição. A Igualdade e a Desigualdade são problemas relacionados a fatos (pressuposto essencial para as políticas públicas compensatórias ou redistributivas), mas também, e sobretudo, valores compartilhados.

Como assevera Jürgen Habermas, o conceito de Igualdade dependeu da sensibilização dos observadores modernos para os problemas vividos por grupos e classes sociais, antes considerados naturalmente desiguais ou que eram responsabilizados pela situação de abandono social na qual se encontravam.²⁴²

O Direito à Igualdade se desenvolve em sentido contrário à indiferença moral e na medida em que a desigualdade foi denunciada. Ou seja, a igualdade não pode ser interpretada num sentido substancialista, pois é fato, valor, reconhecimento de uma nova realidade resignificada e projeto de transformá-la. Nesse contexto, o debate sobre as ações afirmativas impõe as seguintes questões: "Qual Igualdade?" ou "Qual a sensibilidade moral para perceber as desigualdades será adotada pelo intérprete?".²⁴³

Bertrand Jouvenel, em seu ensaio "Das Causas das Desigualdades de Fato e dos Remédios Próprios para Aboli-las ou Atenuá-las", encontra na literatura do século XIX quatro gêneros de desigualdade que integrarão o processo de constitucionalização do século XX:

²⁴² HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

²⁴³ JOUVENEL, Bertrand de. *As Origens do Estado Moderno*. Uma História das Idéias Políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 173.

“A desigualdade de estado, que provém do fato de o estado de Secundus ser menos estimado que o de Primus;

A desigualdade de patrimônio ou, na linguagem antiga, de propriedade; na linguagem atual falaríamos em desigualdade de capital;

A desigualdade de aquisições ou, como diríamos hoje, de renda; A desigualdade de subordinação, pela qual Secundus está submetido às ordens de Primus!²⁴⁴

A tipologia Bertrand de Jouvenel permite uma síntese dos desenvolvimentos posteriores do tema da Igualdade no pensamento ocidental.

Em primeiro lugar, a crítica à desigualdade de subordinação está na origem do apoio da burguesia para a construção do modelo de dominação racional legal.²⁴⁵ Ou seja, a crítica da arbitrariedade do mando no Estado Absolutista impôs a submissão do Estado ao império da lei geral e abstrata. Porém, ficava em aberto o tema da participação popular na sua elaboração. A construção desse Princípio Democrático teve trajetória longa, como atesta a construção do sufrágio universal que culminou na conquista do direito de voto das mulheres e dos analfabetos. Após a segunda guerra mundial, na esteira da crítica aos sistemas democráticos das sociedades de massa, abriu-se nova trincheira no debate sobre grupos politicamente marginalizados, numericamente inferiores ou excluídos da arena de decisão, tais como foram os povos submetidos ao colonialismo. Por sua vez, atualmente, o não reconhecimento do direito de voto aos imigrantes e seus descendentes no seio da Comunidade Européia demonstra como a crítica a Desigualdade de subordinação ainda é importante, sobretudo quando se percebe que a exclusão da esfera política é um passo decisivo para instaurar novas Desigualdades na lei, fazendo renascer as mais odiosas formas de racismo.

Em segundo lugar, a crítica à desigualdade de estado encontrou eco na negação dos privilégios feudais, legais e de foro. A nobreza advinda do sangue e o clero foram duramente atingidos. Os privilégios decorrentes de títulos honoríficos e os direitos sobre as terras pereceram com o Antigo Regime, contribuindo para a implantação do modelo de dominação racional legal. A idéia de igualdade vinculava-

²⁴⁴ JOUVENEL, Bertrand de. As Origens do Estado Moderno. Uma História das Idéias Políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 173.

²⁴⁵ Para um estudo sobre o conceito de dominação racional legal na sociedade burguesa, veja-se: ARGÜELLO, Katie. O Ícaro da Modernidade. Direito e Política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997; WEBER, Max. Ciência e Política - Duas Vocações. São Paulo: Martin Claret, 2003.

se a de “não-discriminação.” “A sociedade de privilégios transmuda-se, então, ao menos no plano estritamente formal, em sociedade meritocrática.”²⁴⁶ O valor do trabalho ocupou paulatinamente o lugar da nobreza por origem. Ele foi glorificado no seio do utilitarismo inglês e na doutrina protestante, repercutindo em inúmeras ideologias capitalistas e socialistas. A diferença entre indivíduos deveria ser fundamentada no mérito, ou seja, no esforço e capacidade de vencer obstáculos. Junto à ideologia do trabalho era possível colher uma percepção geral do mundo baseado na competição e no domínio sobre as coisas. Restava na glorificação do trabalho e da competição um problema para a Igualdade: Como falar em mérito se havia vantagens na trajetória de alguns indivíduos que eram decorrentes das distinções perpetuadas à custa da Desigualdade de riqueza ou de outras condições sociais?

De fato, a principal resposta à crítica à ideologia do mérito foi dada na área da educação. Na França, a solução foi a estatização do sistema de ensino que reforçou os vínculos nacionais e republicanos e, ao mesmo tempo, permitiu que se falasse em mérito advindo do conhecimento. Não se tratava de mera dádiva, pois, como demonstrou Jürgen Habermas, a classe burguesa inglesa transformou-se, em certa medida, numa classe de letrados porque as funções empresariais assim exigiam e educou o proletariado pelas mesmas razões.²⁴⁷ Era necessário qualificar os trabalhadores em seus ofícios. A massificação do mercado de consumo também foi paralela à massificação do sistema de ensino fundamental. A produção dependia da inovação técnica e de mão-de-obra mais instruída. Estabelecidas as novas distinções ou ocupados os novos postos de privilégio, o resgate do mérito pela educação converteu-se, facilmente, em ideologia justificadora. A ênfase no valor do conhecimento reforçava a subordinação ideológica à classe burguesa. Os pobres, não inseridos no mercado de trabalho e sub-consumidores, eram responsabilizados por sua própria miséria. Contra as massas desafortunadas, a burguesia expôs sua cultura erudita e sua capacitação técnica. O infortúnio era retratado como incapacidade.

²⁴⁶ SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação Afirmativa para Negros nas Universidades: A Concretização do Princípio Jurídico da Igualdade. In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e; SILVÉRIO, Valter Roberto. Educação e Ações Afirmativas. Entre a Injustiça Simbólica e a Injustiça Econômica. Brasília: INEP, 2003, p. 102.

²⁴⁷ HABERMAS, JÜRGEN. Mudança Estrutural da Esfera Pública. São Paulo: Hucitec, 2001.

Ao mesmo tempo, diversos povos não europeus sofriam com a marca de não serem os representantes do patrimônio cultural, supostamente superior, da chamada "raça branca" ou da "civilização humana". Esse nó da desigualdade seria posto em cheque ao tempo das lutas anti-colonialistas e por Direitos Civis nos EUA, assim como por diversos movimentos de valorização das culturas locais. A globalização mostrou a ignorância da cultura ocidental que, rapidamente, reagiu, transformando as demais alternativas culturais em peças na prateleira do mercado de consumo e, às vezes, permitindo a reconstrução da cultura sobre bases não eurocêntricas.

Em terceiro lugar, a desigualdade de renda e a desigualdade de patrimônio foram tematizadas pelas lutas operárias e, sobretudo, na Revolução de 1917. A resposta do movimento operário Russo foi a estatização dos bens particulares. A desigualdade de patrimônio tinha como resposta o fim da propriedade privada. Em alguns países capitalistas, o Estado passa a ser gestor de demandas sociais, regula o uso do patrimônio, impõe direitos trabalhistas, constituindo-se num prestador de serviços. Em outros Estados capitalistas e em alguns socialistas, o sonho do fim das classes termina na construção do "Terror". A burocracia que deveria servir para o planejamento racional e impessoal impõe o fim da sacralização do homem que, transformado em objeto, passa a ser manipulado com os mesmos métodos, científicos e moralmente indiferentes, utilizados para o extermínio. O modelo burocrático já tinha, a bem da verdade, uma vinculação consolidada, não negligenciável, com o Imperialismo europeu, aperfeiçoando a capacidade genocida da atividade estatal utilizada nas colônias de além mar.

Apesar disso, na Europa e nos países do "primeiro mundo", o saldo foi positivo, pois das acirradas lutas quanto às desigualdades de renda e de patrimônio emergiram os direitos sociais. Nesse contexto, a ideologia do mérito foi objeto de críticas. Denunciou-se a impossibilidade real de grupos de indivíduos de desenvolverem as suas potencialidades numa sociedade marcada pelas desigualdades sem que existissem formas de redistribuição. Porém, o velho discurso da capacidade técnica de mando continuou a ser a justificativa para concentrar a riqueza ou o domínio burocrático, ingrediente indispensável no capitalismo e no socialismo totalitário. Na periferia do capitalismo, o grau de marginalização social e de exploração econômica, próprio do capitalismo internacional, impediu que se construísse um Estado Social pleno. O modelo patrimonialista, próprio das

burocracias coloniais, extensão local do Estado Absolutista, facilmente se convertia num balcão de favores, mantendo velhas oligarquias estatais.

Nas décadas mais recentes, a evolução do processo econômico, o ataque capitalista e a derrota ao regime estatizante enfraqueceram o cerne da igualdade de renda proposta no ocidente e timidamente conquistada no Brasil. Novamente, o privilégio tendeu a se apresentar como merecimento. Competitividade, produtividade e eficiência são alguns dos jargões ideológicos que justificaram o ataque ao regime de serviços públicos e à seguridade social. No mundo inteiro, havia espaço para tanto, uma casta operária convertera-se em força conservadora e os métodos de administração estavam defasados. O resultado dessa “revolução sem barricadas” (ou “golpe sem armas”) não tem sido a redistribuição dos bens, mas a apropriação silenciosa e a concentração econômica ainda maior, restando ao Estado, em muitos países, a função despótica de manter a ordem hobbesiana.²⁴⁸

Quando se consideram períodos históricos mais longos e outras “margens” além dos estreitos limites do Estado Nacional dos países centrais, percebe-se que as categorias de Bertrand de Jouvenel ilustram tensões recorrentes em torno das demandas por igualdade. Porém, ainda que não se possa falar em evolução linear, impossível negar que a compreensão dos grupos envolvidos na conquista da Igualdade não se tenha alterado com o compartilhamento de uma “história comum” e de um “mundo comum” de desigualdades que foi sendo “descoberto” com a expansão capitalista. A memória da desigualdade talvez seja o patrimônio mais importante no debate sobre a construção de direitos na sociedade contemporânea, pois permite compreender as conseqüências prováveis das opções políticas que conduzem à construção de novos direitos.

Entretanto, constatam-se os limites das categorias forjadas no pensamento ocidental dominante, sobretudo europeu, para compreender todas as demandas por igualdade. A igualdade dos “bárbaros” não é tão óbvia quanto não é óbvio o esquecimento de sua humanidade. Se, de um lado, expandem-se problemas comuns, tais como a industrialização e a formação do sub-proletariado, de outro, os

²⁴⁸ As categorias de Bertrand de Jouvenel possuem paralelo com as tentativas de T. H. Marshall de estabelecer uma visão da construção dos direitos, porém marcada por certo evolucionismo, que dividia os direitos em: de primeira geração, direitos civis, os de segunda, de participação política e os de terceira, direitos sociais. Tal questão será tematizada no próximo capítulo. A propósito veja-se: MARSHAL, T.H. Cidadania e Classe Social. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 57-115.

países não-europeus vivenciaram graves problemas particulares na sua trajetória histórica, tais como o genocídio dos povos nativos, a escravidão e o colonialismo. As categorias de Jovenel não podem abarcar as demandas históricas por igualdade daqueles cuja desigualdade foi um pressuposto comum dos europeus, inclusive dos Revolucionários. Como se afirmou, o pensamento europeu construiu noções de igualdades para Nós (europeus) e para os Outros (não europeus) ou, ainda, de Igualdade para Dentro (do espaço europeu ou entre descendentes europeus) e para Fora (no "resto do mundo" e na relação com os povos aos quais se atribuía uma "diferença").²⁴⁹

De fato, quando os Revolucionários Franceses no século XVIII produziram um dos mais significativos libelos a favor da Igualdade, declarando a Igualdade como um direito universal, a França ainda era um país escravista e permaneceria uma nação marcada pelo colonialismo até o século XX.²⁵⁰ O que pensavam esses senhores de escravos sobre a Igualdade ao instituí-la como um direito?

Diderot, filósofo da época, em seu "Ensaio sobre a Pintura" fornece pistas sobre esse tema. Neste texto, escrito em 1765, após afirmar que "cabe à cor dar vida aos seres", podendo ser "julgada por qualquer um", diz suspeitar que fosse a "cor humana" a mais difícil de ser retratada:

"Disse-se que a mais bela cor que havia no mundo era esse rubor adorável cuja inocência, juventude, saúde, modéstia e pudor coloriam as faces de uma jovem; e se disse algo não somente sutil, tocante e delicado, mas verdadeiro; pois difícil é representar a carne, é esse branco untuoso, uniforme sem ser pálido nem fosco, é essa mescla de vermelho e de azul que transpira imperceptivelmente, é o sangue, a vida que são o desespero do colorista. Aquele que adquiriu a sensibilidade para a carne deu um grande passo; o resto é nada é em comparação. Mil pintores morreram e outros tantos morrerão sem tê-lo conseguido."²⁵¹

Gislene Santos, ao investigar a construção da idéia de negro, relata que no manual de Montabert, redigido para os artistas, encontram-se padrões semelhantes de oposição:

²⁴⁹ FANON, Frantz. Os Condenados da Terra. Trad. de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

²⁵⁰ Sobre a teoria da dependência e o imperialismo, veja-se: CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. Dependência e Desenvolvimento na América Latina: ensaio de interpretação sociológica. Rio de Janeiro: Guanabara, 1970; ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. Trad. Roberto Luis Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

²⁵¹ DIDEROT, Denis. Ensaio sobre a Pintura. Campinas: Papirus, 1993, p.45-49.

“O branco é o símbolo da divindade ou de Deus. O negro é o Símbolo do espírito do mal e de demônio.
O branco é o símbolo da luz...
O negro é o símbolo das trevas, e as trevas exprimem simbolicamente o mal.
O branco é o emblema da harmonia.
O negro, o emblema do caos.
O branco significa a beleza suprema.
O negro, a feiúra.
O branco significa a perfeição.
O negro significa o vício.
O branco é o símbolo da inocência.
O negro, da culpabilidade, do pecado ou da degradação moral.
O branco, cor sublime, indica a felicidade.
O negro, cor nefasta, indica a tristeza.
O combate do bem contra o mal é indicado simbolicamente pela oposição do negro colocado perto do branco.”²⁵²

Não por acaso, após cem anos Diderot enunciar seu desafio, Van Evrie, cientista americano e defensor da supremacia branca no século XIX, perguntava-se de modo similar sobre o que havia “de mais encantador e, ao mesmo tempo, mais indicativo da pureza e da inocência internas”:

“que o enrubescer da pudícia das donzelas? Por um instante, o rosto fica rubro e, em seguida, (...) mais pálido do que nunca, em sua delicada transparência; e essas mudanças físicas, por mais belas que se afigurem a nosso olhos passam a sê-lo mil vezes mais por nossa consciência moral de que refletem emoções morais infinitamente mais belas. Pode alguém supor que tal coisa seja possível num rosto negro? Que essas alterações repentinas e espantosas da cor, que refletem as percepções morais e a natureza elevada da mulher branca, sejam possíveis na negra?”²⁵³

²⁵² SANTOS, Gislene Aparecida dos. A invenção do “ser” negro: um percurso das idéias que naturalizaram a inferioridade dos negros. São Paulo: Educ/Fapesp; Rio de Janeiro: Pallas, 2002, p. 58.

²⁵³ VAN EVRIE. Negro Slavery, p. 89-108. Citado por: JACOBSON, Mathew Frye. “Pessoas brancas livres” na República, 1780-1840. In: WARE, Vron. Branquidade - Identidade Branca e Multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 89-90.

O mesmo fenômeno pode ser encontrado na formação do constitucionalismo americano. No momento da colonização, como esclarece Mathew Frye Jacobson, "(...) a idéia de cidadania, na prática, entrelaçou-se inteiramente com a idéia de "branquidade" (e masculinidade), porque, no fundo, aquilo em que de fato consistia o cidadão era alguém capaz de ajudar a subjugar uma revolta de escravos ou participar de guerras contra índios."²⁵⁴ Em seguida com a luta pela Independência:

"(...) a branquidade também se inscreveu na ideologia republicana, de maneira tácita, mas irrevogável. A revolução Norte-americana alterou de modo radical as linhas de autoridade que iam da Coroa para 'o povo', afirmam esses estudiosos, mas deixou inteiramente intocados vários pressupostos iluministas sobre quem deveria propriamente ser 'o povo'. A experiência de governo democrático pareceu reclamar uma sociedade que fosse disciplinada, virtuosa, abnegada, produtiva, dotada de visão e sensata – traços que estavam todos racialmente inscritos no pensamento euro-americano do Setecentos. Com sua abolição do poder monárquico e sua ruptura das rigorosas linhas descendentes da autoridade política, a nova ordem democrática viria a exigir de seus participantes um grau notável de autodomínio – condição já literalmente negada aos africanos escravizados e simbolicamente negada a todos os povos "não-brancos" ou "pagãos", nas concepções então vigentes da capacidade humana."²⁵⁵

Essas exclusões implícitas no conceito de igualdade, embora nem sempre passem despercebidas, dificilmente são consideradas no âmbito de uma construção da dos direitos à cidadania. De fato, não é incomum que se repita o teorema da Igualdade de Aristóteles, segundo o qual a Igualdade era tratar cada um na medida de sua Desigualdade, sem considerar que o filósofo grego afirmava que a mulher era um "ente relativamente inferior e o escravo um ente totalmente vil."²⁵⁶ Não por acaso, Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmava que a máxima aristotélica induzia a "a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: Quem são os iguais e quem são os desiguais?"²⁵⁷

²⁵⁴ JACOBSON, Mathew Frye. "Pessoas brancas livres" na República, 1780-1840. In: WARE, Vron. Branquidade - Identidade Branca e Multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 74.

²⁵⁵ JACOBSON, Mathew Frye. "Pessoas brancas livres" na República, 1780-1840. In: WARE, Vron. Branquidade - Identidade Branca e Multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 75.

²⁵⁶ ARISTÓTELES. A Arte Poética. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 57.

²⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p.11.

Para Michelangelo Bovero, entre a concepção política da democracia dos antigos (gregos) e dos modernos “o que mudou substancialmente foi a concepção antropológica em que era reconhecido sujeito ‘capaz’ e (por isso) ‘digno’ de participar da vida política somente o indivíduo do gênero masculino livre por nascimento.”²⁵⁸

Todavia, essa passagem não é resultado de processos sociais lineares e tampouco é indiferente a novos problemas trazidos pelas formas de “reconhecimento”. O processo de reconhecimento das mulheres não estaria jamais completo se não lhe fosse dado as condições sociais adequadas para que ela pudesse optar entre gerar ou não um filho ou se fosse desconsiderada a dupla jornada de trabalho a que ela é geralmente submetida em nossa sociedade. Se as concepções antropológicas (valorativas) são determinantes de nossa percepção dos fatos sociais, elas apontam para problemas particulares que devem ser enfrentados em sociedades nas quais a humanidade de determinados grupos foi amplamente contestada ao largo da história.

Nesse sentido, é preciso questionar com Enrique Dussel o indelével vínculo entre formação da cidadania européia e a violência dos europeus contra a emancipação dos povos do mundo. Fato decisivo, pois os povos dos países “periféricos” construíram um constitucionalismo que teve de lutar contra opressões tanto internas quanto externas.²⁵⁹ Os países escravistas conviveram, a um só tempo, com discursos liberais e discursos genocidas. Enquanto na Europa se declarava a igualdade entre os homens, os europeus “no resto do mundo” escravizavam e sacrificavam povos, subtraindo-lhes riquezas e terras. Somente as guerras de libertação americanas e, sobretudo, as africanas permitiram a demonstração de como a declaração da humanidade européia foi, num primeiro momento, violentadora da humanidade dos povos colonizados.²⁶⁰

²⁵⁸ BOVERO, Michelangelo. Contra o Governo dos Piores. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 27-28. Como se afirmou anteriormente há mais do que a mudança na concepção antropológica do humano entre a democracia dos antigos e dos modernos, a começar pela característica do direito como realidade artificial, mutável e objeto de disputas, pela idéia de representação, de direitos fundamentais e mudança na definição da esfera pública e privada. De qualquer modo, a concepção da humanidade dos humanos é essencial à distinção.

²⁵⁹ DUSSEL, Enrique D. Caminhos de libertação latino-americana. São Paulo: Paulinas, 1984. v. I e 2. DUSSEL, Enrique D. 1492. o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

²⁶⁰ Sobre o Colonialismo veja-se: AZZI, Riolando. A cristandade colonial : um projeto autoritário. História do pensamento católico no Brasil, vol.1. São Paulo, Paulinas 1987; BEOZZO, José Oscar. As Américas negras e a história da Igreja: questões metodológicas. In: Comissões de Estudos

Nesses países, o primeiro elemento do paradoxo da construção de direitos está na não realização do “mínimo identitário” que fundamenta o reconhecimento da humanidade de todos. Como esclarece Tomaz Tadeu Silva:

“Em um mundo imaginário totalmente homogêneo, no qual todas as pessoas partilhassem a mesma identidade, as afirmações de identidade não teriam sentido. De certa forma, é exatamente isto que ocorre com nossa identidade de ‘humanos’. É apenas em situações muito raras e especiais que precisamos afirmar que ‘somos humanos’.”²⁶¹

A construção dos Direitos Fundamentais, calcada na idéia de “sujeito de direitos” trazida do liberalismo, esbarra em concepções mais profundas das percepções das elites sobre parte dos nacionais que são retratados como não-humanos, merecedores de seu estado social de miseráveis e potencialmente violentos, sobretudo, se e quando estão reunidos em grupos dispostos a reivindicar direitos.

O segundo elemento do paradoxo da construção de direitos é que o reconhecimento não pode estar completo sem que se reconheça a humanidade desses grupos em sua trajetória histórica e em seus problemas vivenciados na realidade. Ocorre, porém, que essa outra realidade, constitui-se, em seu avesso, em privilégios de outros grupos sociais. Tais privilégios dificilmente são defendidos de forma consciente, mas são, ao contrário, naturalizados e identificados com a idéia de mérito, com o valor da universalidade da lei, com o republicanismo e outros tantos valores inatacáveis.

Chega-se, portanto, a um terceiro elemento do paradoxo da construção de direitos. Se o reconhecimento da humanidade dos grupos excluídos fundamenta-se num desconhecimento dos privilégios por diversos outros grupos sociais, o processo de construção de direitos é retratado como uma perda de direitos. No plano subjetivo, ele envolve uma atitude de tamanha autocrítica que demanda custos psíquicos elevados demais para que possa ser facilmente realizada.

de História da Igreja na América Latina – CEHILA. Escravidão negra e história da Igreja na América Latina e no Caribe. Trad. Luiz Carlos Nishima. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 27-64; MEILLASSOUX, Claude. Antropologia da Escravidão: o ventre de ferro e dinheiro. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1995.

²⁶¹ SILVA, Tomaz Tadeu (Org.). A Produção Social da Identidade. In: Identidade e Diferença – A Perspectiva dos Estudos Culturais. Petrópolis: 2003, p. 75.

A superação desses limites passa pelo redimensionamento da relação entre igualdade e diferença. Na síntese proposta por Flávia Piovesan, deve se reconhecer a nova complexidade da concepção de igualdade:

“a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).”²⁶²

Nesse sentido:

“O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.”²⁶³

5 Da Indiferença Moral ao Princípio da Fraternidade

No Brasil, como argumenta José Murilo de Carvalho, devido à escravidão que negava a cidadania, mesmo civil, a grande parte da população, ao patriarcalismo que a negava às mulheres e ao latifúndio que fazia o mesmo com os seus dependentes, prevaleceram a cidadania construída de cima para baixo, a cultura

²⁶² PIOVESAN, Flávia. A Compatibilidade das Cotas Raciais com a Ordem Internacional e com a Constituição Brasileira. In: Audiência Pública sobre Cotas para Afro-descendentes nas Universidades ADPF 186 E Recurso Extraordinário 597.285/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>. Acesso em: 01.12.2010.

²⁶³ PIOVESAN, Flávia. A Compatibilidade das Cotas Raciais com a Ordem Internacional e com a Constituição Brasileira. In: Audiência Pública sobre Cotas para Afro-descendentes nas Universidades ADPF 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>. Acesso em: 01.12.2010.

política súdita e alguns traços da cultura política paroquial.²⁶⁴ Na concepção de Marilena Chauí, nosso país:

“Conservando as marcas da sociedade colonial escravista, ou aquilo que alguns estudiosos designam como ‘cultura senhorial’, a sociedade brasileira é marcada pela estrutura hierárquica do espaço social que determina a forma de uma sociedade fortemente verticalizada em todos os seus aspectos: nela, as relações sociais intersubjetivas são sempre realizadas como relação entre um superior, que manda, e um inferior, que obedece. As diferenças e assimetrias são sempre transformadas em desigualdades que reforçam a relação mando-obediência. O outro jamais é reconhecido como sujeito nem como sujeito de diretos, jamais é reconhecido como subjetividade nem como alteridade. As relações entre os que se julgam iguais são de ‘parentesco’, isto é, de cumplicidade ou de compadrio; e entre os que são vistos como desiguais o relacionamento assume a forma do favor, da clientela, da tutela ou da cooptação. Enfim, quando a desigualdade é muito marcada, a relação social assume a forma nua da opressão física e/ou psíquica. A divisão social das classes é naturalizada por um conjunto de práticas que ocultam a determinação histórica ou material da exploração, da discriminação e da dominação, e que, imaginariamente, estruturam a sociedade sob o signo da nação uma e indivisa, sobreposta como um manto protetor que recobre as divisões reais que a constituem.”²⁶⁵

Desponta nesse contexto uma percepção particular da igualdade, pois:

“(a sociedade brasileira) é estruturada pela matriz senhorial da Colônia, disso decorre a maneira exemplar em que faz operar o princípio liberal da igualdade formal dos indivíduos perante a lei, pois no liberalismo vigora a idéia de que alguns são mais iguais do que outros. As divisões são naturalizadas em desigualdades postas como inferioridade natural (no caso das mulheres, dos trabalhadores, negros, índios, imigrantes, migrantes e idosos), e as diferenças também naturalizadas, tendem a parecer ora como desvios da norma (no caso das diferenças étnicas e de gênero), ora como perversão ou monstruosidade (no caso dos homossexuais, por exemplo). Essa naturalização, que esvazia a gênese histórica da desigualdade e da

²⁶⁴ CARVALHO, José Murilo de. Cidadania: Tipos e Percursos. In: Estudos Históricos. Rio de Janeiro, n. 18, 1996.

²⁶⁵ CHAUÍ, Marilena. Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 89-90.

diferença, permite a naturalização de todas as formas visíveis e invisíveis de violência, pois estas não são percebidas como tais.”²⁶⁶

Certamente que em sociedades altamente hierarquizadas é extremamente difícil demarcar qual está sendo a trajetória de desigualdades, pois prevalece o hábito de tomar determinados efeitos do racismo (o que inclui a branquidade, a discriminação e o preconceito) como decorrentes da natureza das relações sociais ou da própria natureza. Especificamente, como denunciam Renato Emerson Santos e Fátima Lobato: “A indiferença moral em relação ao destino social dos indivíduos negros é tão generalizada que não ficamos constrangidos com a constatação das desigualdades raciais brasileiras.”²⁶⁷

Malgrado a ideologia da “democracia racial”, convive-se com inúmeras formas de desigualdade racial e, pior, com variadas manifestações de indiferença moral com relação ao destino da população negra. Infelizmente, as tentativas sociológicas de demonstrar o racismo no Brasil esbarram na pré-compreensão instituída há séculos de que a pobreza e a exclusão cultural e política da população negra não é um problema ou, quando muito, seria apenas uma modalidade da desigualdade de renda ou de patrimônio. Cabe perguntar como o racismo afeta tais conclusões.

De todas as tentativas de explicar o racismo a mais reiterada é a afirmação de que suas bases pressupõem a ignorância.²⁶⁸ Nesse sentido, propõe-se outro exemplo para ilustrar como ela pode justificar a indiferença moral para com o grupo negro e os parâmetros da pré-compreensão da igualdade.

Carl Friedrich Gustav Seidler, foi um oficial suíço-alemão, contratado para servir no exército imperial brasileiro na Campanha Cisplatina, visitando Santa Catarina entre 1823 e 1827. Ele é um dos inúmeros viajantes que estiveram no país e deixaram relatos sobre a terra e as populações que aqui habitavam, construindo extensas sugestões sobre o “comportamento dos negros”, as “razões para a escravidão” e os “motivos” pelos quais eles se encontravam em tal estado. Seidler fora destacado para permanecer em “Armação das Baleias”, atual praia de Armação, região antes próspera devido à pesca de cetáceos, mas que já estava em franca

²⁶⁶ CHAUI, Marilena. *Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, p. 89-90.

²⁶⁷ SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (orgs.). *Ação afirmativa e mérito individual*. In: *AÇÕES AFIRMATIVAS: Políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p.87.

²⁶⁸ Não se pretende dizer que a origem do racismo e do preconceito seja a ignorância, mas que ele é um elemento presente nas suas formas de perpetuação.

decadência. Ali avistou somente “alguns negros, que pareciam quase da idade de Matusalém”.²⁶⁹ Eis o seu relato:

“Os primeiros seres vivos que vi avistamos ao regressar à armação foram aqueles negros velhos que, como me referi, em doce indolência aqui guardavam o termo de sua existência tão afanosa. (...) Não é fácil que perca a cor o negro cabelo carapinha do preto, nem mesmo em idade avançada, mas entre os que aqui encontramos não havia um único a quem os anos não tivessem embranquecido os cabelos. Isso me chamou atenção e por isso perguntei pela idade, mas davam respostas tão atrapalhadas que logo notei que nenhum sabia, por ex. um deles afirmava que tinha vinte anos, ao passo que outro visivelmente mais moço pretendia ter mais de cem. (...) Para saber da verdade perguntei-lhe pelos nomes e me dirigi ao administrador. (...) Nos registros não figurava nenhum que tivesse menos de 80 anos, pois todos os menos idosos ainda capazes de trabalhar, tinham sido removidos para outras propriedades imperiais. (...) Aqui encontro outra vez uma dupla cruzinha em meu diário e como um “memento” desenhei abaixo uma cabeça de negro; isso significa que aqui é ponto adequado para dar alguns esclarecimentos sobre as condições dos negros no Brasil, em geral, bem como especialmente sobre a escravidão, para corrigir muitas coisas que a respeito tem espalhado pessoas inscientes e certos ‘descredores das viagens feitas dentro de casa’.”²⁷⁰

A seguir, apresentam-se, em tópicos temáticos, as sugestões do viajante sobre a condição dos negros no Brasil: A escravidão é um bem e sua causa está na selvageria e crueldades inatas dos negros; O tráfico negreiro não foi cruel, pois nele predominava a racionalidade econômica para a preservação dos escravos; A identidade física dos negros demonstra sua proximidade com os animais; Os negros são animais capazes de aprendizagem, mas não de reflexão; Os negros são despidos de sentimentos e de moralidade; Os castigos impingidos aos negros, ainda que severos, são merecidos, pois adequados ao seu comportamento degenerado; Os negros têm hábitos viciosos, tais como comer terra ou furtar, sendo, portanto, essencialmente criminosos; O negro quanto mais se aproxima do padrão africano, mais se torna um elemento negativo; A violência é indispensável para que o negro

²⁶⁹ SEIDLER, Carl Friedrich Gustav. Capítulo XIII – SEIDLER, 1825. In: Ilha de Santa Catarina. Relato de Viajantes Estrangeiros nos séculos XVII e XIX. Florianópolis: UFSC, 1996, p. 278-294.

²⁷⁰ SEIDLER, Carl Friedrich Gustav. Capítulo XIII – SEIDLER, 1825. In: Ilha de Santa Catarina. Relato de Viajantes Estrangeiros nos séculos XVII e XIX. Florianópolis: UFSC, 1996, p. 288.

trabalhe, sendo tanto mais necessária quanto mais africano for o negro; Os senhores de escravos sabem agir com morigeração; Os brasileiros sabem compreender a natureza dos negros que possuem e sabem como lidar com eles; Os negros não devem ter acesso ao dinheiro ou à propriedade, pois isso só fará nascer a ambição inescrupulosa; Os negros são dominados, apesar da sua supremacia numérica, devido ao cultivo espontâneo do ódio entre os diversos grupos; Os negros tem talentos específicos para a música e para a dança; A escravidão não apenas não é um mal, como muitos escravos preferem-na à liberdade; A propriedade de negros é legítima diante das regras de direito; Nenhuma nação do mundo, a exemplo dos ingleses, tem capital moral para contestar a escravidão ou o tratamento que é dispensado aos negros pelos brasileiros.²⁷¹

Seidler não era um homem de ciência. Não demonstrava conhecer a ciência racista do século XIX então nascente. Não está preocupado em apresentar complexas teorias sobre a redução da identidade negra à biologia, fundadas num grupo de teorias científicas. Tratava-se de um homem comum. Intelectual, por certo. No leque de argumentos que apresenta, o grupo branco jamais é identificado como branco, mas retratado em suas funções sociais (escravistas, fazendeiros, traficantes, comerciantes etc.) ou nacionalidades (ingleses, alemães, brasileiros etc.).

No relato do autor, porém, os "negros" são jogados no mundo da selvageria, bestialidade, emoção e sensações, propondo-se argumento decisivo: a humanidade é a racionalidade orientada a um fim, a obtenção do lucro. Desse modo, todas as ações dos traficantes de escravos revelam-se adequadas porque orientadas ao lucro. Todavia, a divisão da humanidade não estava reduzida apenas à adoção de determinada racionalidade típica do capitalismo, pois quando o negro é identificado como explorador (o negro que vende sua família) o que aflora em seu discurso, é a denúncia de que ele ainda estaria no mundo dos vícios irracionais. O ser negro é identificado literalmente como a negação, com a impossibilidade de ocupar o espaço da razão. Logo, em suas descrições racistas sobre os negros africanos a defesa da escravidão não é apenas a defesa do lucro, mas da existência também de um culpa irremediável. Tal culpa se projeta contra a própria vítima, contra o seu destino, revelando, malgrado as palavras do autor, que a exploração econômica também era o desejo irracional de dominação e/ou aniquilação da diferença.

²⁷¹ SEIDLER, Carl Friedrich Gustav. Capítulo XIII – SEIDLER, 1825. In: Ilha de Santa Catarina. Relato de Viajantes Estrangeiros nos séculos XVII e XIX. Florianópolis: UFSC, 1996, p. 288.

Por que lembrar de Seidler? Suas crenças são repetidas ou insinuadas nos atuais debates sobre a Desigualdade da população negra, estão registradas nos processos judiciais dos crimes de racismo, presentes nas representações humorísticas do negro, nas músicas, no folclore, nas piadas contadas “inocentemente”, nas opiniões dos defensores da existência de uma “democracia racial” no país, assim como nos manifestos dos defensores da supremacia branca. Enfim, quer sobre a forma de fragmentos quer em discursos mais estruturados, ainda sobrevivem.

Entretanto, o mais importante é o fato de Seidler não sabia que os negros também poderiam ter cabelos brancos. De nada lhe adiantou a prova empírica de que sua pré-compreensão não era verdadeira. A voz dos negros não lhe servia para nada. Sequer se propõe a investigar o fato do porque ele não encontrava negros de cabelos brancos. Caso tivesse, descobriria que a maioria deles tinha vida curta provocada pelas condições de vida e pelo excesso de trabalho no país que, como bem definiu Darcy Ribeiro, era um “moinho de gastar gente”.²⁷² Porém, Seidler convivia com negros, na sociedade colonial estavam por toda parte. Eles eram seus escravos, aqueles que executavam o serviço doméstico, os carregadores nas ruas, os vendedores de alimentos, a força de trabalho da economia e, também, arpoadores.

Portanto, esse breve relato pode sugerir de que modo combinam-se exclusão sistemática, ignorância atávica e inocência. Sim, inocência, pois Seidler jamais ousaria pensar nos benefícios que auferia na mera constatação de que não encontrava comumente “negros de cabelos brancos”. Seidler não se sentia “branco”, membro de um grupo privilegiado pela sua identificação racial, mas simplesmente humano, universal. Eram os negros, ao contrário, que estavam para além das margens de sua percepção. Ultrapassar essa margem seria um desafio, impondo-lhe diversos ônus que não precisariam estar identificados com a imputação de uma culpa, mas, seguramente, não poderiam se afastar da necessidade uma responsabilidade moral.

Tal perspectiva insinua-se facilmente nas declarações que negam a existência de racismo no Brasil e retomam a mesma indiferença presente nas falas explícitas de preconceito. Não por acaso, argumenta o José Jorge de Carvalho que:

²⁷² RIBEIRO, Darcy. Sobre o Óbvio. Simpósio sobre Ensino Público na 29ª Reunião da SBPC. São Paulo: Mimeo, jul. 1977.

"Temos que definir o racismo não pela adesão a um credo de superioridade racial, mas pelo efeito continuado dos discursos que celebram a mestiçagem e silenciaram a afirmação da condição de negro no Brasil. Nesse sentido, quando Gilberto Freyre defendeu a morenidade e repudiou a presença no Brasil de ideologias de negritude, ele, branco, utilizou-se de sua grande influência para impedir que os negros afirmassem sua identidade de negros. E por que o fez? Porque o discurso da negritude deslocaria a discussão de uma celebração abstrata da interpretação das culturas para uma denúncia veemente das condições de vida precárias e sempre desiguais, enfrentadas pela população negra no país da suposta democracia racial."²⁷³

Nesse sentido, segundo Dussel, a reconstrução ética possível num quadro de conseqüências negativas (intencionais ou não), como aquele em que se encontra a sociedade brasileira, depende de reconsiderar como ponto de partida "a comunidade das vítimas". Como afirma o autor: "Esta é uma ética da vida. A consensual idade crítica das vítimas promove o desenvolvimento da vida humana."²⁷⁴ Ela somente é possível quando se consideram as necessidades vitais como fundamento do discurso válido. De igual modo, o discurso válido é proferido pelos portadores de suas necessidades.²⁷⁵

No espaço da Constituição, dever-se-ia considerar inválido o modo de constituir e excluir o sujeito pela norma, como fez a idéia de contrato com as mulheres, com os loucos, com as crianças e com todos os povos não europeus. O manto aparente de legalidade, neutralidade e da defesa da igualdade formal não deveria servir à exclusão. O sujeito formal e abstrato, porém, branco, do sexo masculino, heterossexual e preferencialmente burguês, não pode mais representar, exclusivamente, a figura do sujeito, portador de direitos. A adequação ao fato não pode partir da descontextualização da adequação entre lei e valores constitucionais que consolidam a conquista de direitos.²⁷⁶

²⁷³ CARVALHO, José Jorge de. Ações Afirmativas para Negros na Pós-Graduação, nas Bolsas de Pesquisa e nos Concursos para Professores Universitários como Resposta ao Racismo Acadêmico. In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e; SILVÉRIO, Valter Roberto. (orgs.) Educação e Ações Afirmativas: Entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica. Brasília: INEP, 2003, p. 175.

²⁷⁴ DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 415.

²⁷⁵ O termo destacado é usado como sinônimo de consenso político mínimo, amparado nas lutas populares pela instituição de direitos e na forma democrática de governo.

²⁷⁶ A idéia de sujeitos excluídos do "contrato social" foi utilizada por BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 2, p. 44-62, 1993.

Como argumenta Suzana de Toledo Barros:

"é necessário interpretar a fórmula 'os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente' não formalmente, mas substancialmente. E aí há de ser considerado que a desigualdade é sempre valorativa e relativa, isto é, refere-se a um juízo de valor sobre certas características. A igualdade material conduz, pois, necessariamente, à questão da valoração correta, razoável ou justa. O núcleo do problema da igualdade passa a ser o de fundamentar racionalmente os juízos de valor tomados em consideração na formulação de uma norma sob o aspecto da igualdade".²⁷⁷

O Constitucionalismo pátrio necessita reconhecer a pluralidade de novas demandas e as demandas históricas por Igualdade, pois para muitos brasileiros, para os quais a Constituição também é feita, a identificação entre exclusão (econômica, cultural, social) e diferença foi o componente decisivo de suas vidas.

Ao observar a situação dos negros em nosso país, percebe-se o caráter excludente do argumento nominalista que busca na norma constitucional o enunciado expresso de todos os direitos a serem concretizados e de todos os sujeitos excluídos. Além de limitar a interpretação evolutiva adequada e necessária à própria sobrevivência da Constituição, tais argumentos ocultam o fato de que os novos direitos realizam os Princípios Estruturantes contidos no texto constitucional. Conforme reconhece Jürgen Habermas: "A qualidade da vida pública é, em geral, determinada pelas oportunidades reais, que revelem a esfera pública política com seus meios e estruturas."²⁷⁸

Como afirma Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior:

"(...) o problema dos negros não se apresentou para o constituinte com a mesma simplicidade e nitidez que teve a questão dos índios e dos portadores de deficiência. Tratou-se de manifestação de desconhecimento da realidade e do receio de se estar fomentando a intolerância étnica e o ódio racial no texto da Constituição Federal.

Contudo, o conjunto de transformações efetivado no texto constitucional federal, especialmente no que concerne aos objetivos fundamentais e ao novo perfil

²⁷⁷ BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p.187-188.

²⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e Moral. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. p. 67.

do princípio da igualdade permite, a despeito da inexistência de norma constitucional específica, a implementação de medidas compensatórias em benefício da população negra.²⁷⁹

Surgem, diante desse fato, no mínimo, duas formas de leitura dos direitos à cidadania plena: A primeira conserva-se nos limites estreitos da humanidade "para" as elites intelectuais européias (não porque sejam sempre fisicamente idênticas às européias, mas porque se sentem herdeiras físicas e morais desse legado), desconhecendo nosso passado e nossa paisagem fática. Insiste em não perceber preconceitos e discriminações, silenciando ou estigmatizando as vozes dos movimentos sociais. A segunda, tateia de modo esperançoso, percebendo que a herança européia é um dos ingredientes fundamentais, mas não exclusivo, do horizonte de nossas demandas por direitos. Logo, compreende o valor do pluralismo na estrutura dos direitos e o valor das vozes que são sistematicamente excluídas dos processos sociais de conquista desses mesmos direitos.

Trata-se de enfrentar um dilema prático, pois nos debates sobre a desigualdade sempre são identificados dois "partidos": o partido dos que questionam quais seriam as causas da Desigualdade entre indivíduos ou grupos e o partido dos que atribuem a tais grupos a exclusiva responsabilidade moral pelo seu destino. Em seus extremos, os primeiros podem chegar a propor medidas solidárias para a resolução dos problemas sociais e os segundos medidas para eliminar os grupos sociais "perdedores".

O principal argumento para não resolver tal dilema, favorecendo o segundo grupo, é a construção de uma retórica das impossibilidades, nascida do desmantelamento e da crise fiscal do Estado Social. Segundo tal retórica, as dificuldades na administração das desigualdades são invencíveis e as tentativas de mudança estariam moldadas por uma "razão mítica". Logo, a melhor solução encontrada é preservar antigos problemas para que novos problemas não sejam criados. Nesse caso, a indiferença é a principal causa da desigualdade. Sabe-se, contudo, que a indiferença é mais fácil de ser tolerada diante daqueles a quem se atribui uma "diferença".²⁸⁰

²⁷⁹ VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. Responsabilização Objetiva do Estado. Segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados. Curitiba: Juruá: 2005, p. 202.

²⁸⁰ Como bem qualificou o Ministro Nelson Jobim, trata-se "do velho discurso reacionário do efeito perverso". JOBIM, Nelson. A Inserção do Afro-descendente na Sociedade Brasileira. Palestra

Logo, a garantia da Constituição não pode ser confundida com a garantia da exclusão de grupos que não possuem força política decorrente dessa mesma exclusão.

Restam algumas outras objeções a tal ponto de vista, o mais usual deles é a necessidade de certa "perfectibilidade" nos padrões de igualação diante do reconhecimento de novas Desigualdades. Em oposição a tais argumentos valeriam algumas perguntas: Se não são alcançadas condições perfeitas de igualação perante a norma a melhor solução seria preservar antigos privilégios? Os antigos privilégios são mais justos do que medidas para ponderar as desigualdades fáticas? Pode-se tolerar como válido o argumento de que a Igualdade para existir precisa ser perfeita, enquanto a sociedade suporta as crescentes imperfeições da desigualdade?

A compreensão da Igualdade, em sede de interpretação constitucional, não deve ser feita em termos abstratos.²⁸¹ A idéia de Igualdade, na maioria das vezes, é confundida com a definição de uma identidade de gênero (da espécie), segundo a qual todos os exemplares particulares passam a ser identificados. Diz-se que todos os homens são iguais e, nesse sentido, é a definição de homem (previamente concebida) que permite incluir na regra o caso dado. Quem perguntar o que é a igualdade sem atribuir-lhe pontos de referência (em que somos iguais, por que desejamos a igualdade, qual a consequência de sua negação etc.) retorna a sua própria definição.²⁸² A abertura da norma para seu contexto importa em indagações sucessivas sobre o espaço de pré-compreensão, pois "O que é ser igual?" é uma questão ofuscada pelos preconceitos, fixados na historicidade da existência dos membros de dada comunidade política. Razão pela qual a sensibilidade moral precede à análise dos fatos, embora somente possa nascer naqueles dispostos a olhar novamente para os fatos tidos como conhecidos, apesar de não, necessariamente, compreendidos.

com o Ministro Nelson Jobim, Presidente do STF realizada na Câmara Municipal de São Paulo em 20 de Agosto de 2004. Núcleo Técnico de Registro, 712.

²⁸¹ Veja-se: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio Constitucional da Igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 219; CLÈVE, Clemerson; RECK, Melina B. Princípio Constitucional da Igualdade e Ações Afirmativas. Disponível em: www.unibrasil.com.br/revistaonline. Acesso em 25 de março de 2004.

²⁸² BOVERO, Michelangelo. Contra o Governo dos Piores. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

Como alerta Norberto Bobbio, "o processo de emancipação coincide com o reconhecimento de uma discriminação, e o reconhecimento de uma discriminação é quase sempre o efeito de uma tomada de consciência do preconceito. Seguramente o caminho é a crítica dos preconceitos, "isto é, de verdadeiras atitudes mentais radicadas no costume, nas ideologias, na literatura, no modo de pensar das pessoas, tão radicadas que, tendo sido perdida a noção da sua origem, continuam a ser defendidas por pessoas que as consideram, de boa-fé, como juízos fundados em dados de fato".²⁸³

Por sua vez, como afirma Flávia Piovesan:

"As mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do "eu versus o outro", em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era visibilizada para conceber o "outro" como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo)."²⁸⁴

A tomada de posição diante dos preconceitos (e dos privilégios inconscientes) e a superação da percepção negativa da alteridade encontram sentido na releitura do Preâmbulo do texto da Constituição de 1988. Malgrado a discussão sobre seu estatuto normativo²⁸⁵, ele traz dois elementos importantes sobre "os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais."²⁸⁶ O modelo de Estado

²⁸³ BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade e outros Escritos Morais. São Paulo: UNESP, 2002, p. 123.

²⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. A Compatibilidade das Cotas Raciais com a Ordem Internacional e com a Constituição Brasileira. In: Audiência Pública sobre Cotas para Afro-descendentes nas Universidades ADFP 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>

²⁸⁵ "Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa." (ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-02, Plenário, DJ de 8-8-03.)

²⁸⁶ "Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que 'O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. 'Assegurar', tem, no contexto, função de garantia

Democrático é enunciado como “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” e “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”.

Em primeiro lugar, o modelo de Estado Democrático somente pode se realizar num determinado modelo de sociedade (“fraterna, pluralista e sem preconceitos”). O texto preambular, ao enunciar, constitui tal sociedade, e, ao demarcar uma identidade, reconhece uma problematização histórica que vincula “fraternidade, pluralismo e ausência de preconceitos”. A noção de fraternidade não se insere num modelo de unidade ontológica, mas plural, e que não exclui, mas se instrumentaliza na realização de direitos individuais e sociais, liberdade e igualdade. Trata-se de uma fraternidade calcada na procedimentalização das controvérsias como condição da ordem interna e externa que exclui, portanto, a busca do consenso pelo uso da força ou ao uso de ideologias totalizantes de manipulação.

Em segundo lugar, ao aproximar pluralismo e ausência de preconceito, e o texto constitucional reconstrói esse argumento em inúmeros dispositivos, apresenta um pluralismo não apenas calcado numa visão clássica do indivíduo como sujeito de direitos, mas também de grupos sociais, sujeitos coletivos, novos sujeitos de direito. O texto preambular anuncia uma problemática para a possibilidade de uma fraternidade procedimental, que vincula a sociedade às regras do jogo do Estado Democrático, a relação entre ausência de pluralismo e a presença de preconceitos. A sociedade plural não é apenas uma forma de realização do individualismo, mas, sobretudo, de realização de um pluralismo que supera os preconceitos, na medida em que institucionaliza direitos individuais e sociais. Ao mesmo tempo reconhece que qualquer pluralismo é sempre normativo, não sendo uma versão definitiva, pois a sociedade livre de preconceitos não é um ato fundacional de uma realidade absoluta, mas uma expectativa sobre comportamentos, sempre frustrados e

dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’ (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.” ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, *DJE* de 17-10-2008.

reescritos ao longo do tempo. Dizer-se sem preconceitos não é decretar, o que seria normativamente inócuo, o fim dos preconceitos, mas reconhecer que os preconceitos existem como problema histórico, problema contra o qual a normatividade se insurge. Em sua força normativa de realização, remete as possibilidades contingenciais que podem ser retratadas no presente e que impõem uma ação do Estado na realização do “princípio jurídico da solidariedade.”

Nesse sentido:

“Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’ (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.”²⁸⁷

Além de um compromisso com os Direitos Sociais genéricos, a Constituição brasileira permite identificar a trajetória de construção de compensações e de redistribuição que garantam nossa identidade nacional. O garantia da posse das terras pelos indígenas e de suas tradições culturais justificam-se, por exemplo, porque eles são reconhecidos como uma comunidade moral e humana atingida ao longo de nossa história pela ação predatória do Estado e da sociedade tanto em suas terras quanto em seu patrimônio cultural. Tal garantia não significa que muitos de nós identificados como não-índios não sejamos índio-descendentes, mas, ao contrário, ela confere dignidade a essa nossa condição que é, não apenas biológica, mas, sobretudo, cultural.

O reconhecimento do racismo contra o negros e a necessidade de implementar políticas públicas - que permitam a diversidade nas mais diversas esferas sociais, produzam uma redistribuição dos benefícios sociais e combatam as desigualdades raciais - dignificam a nossa unidade. Elas dirigem-se, sobretudo, não aos negros especificamente, mas à comunidade moral que pretendemos constituir a partir do pluralismo e da adesão a um projeto democrático não-racista.

²⁸⁷ ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, *DJE* de 17-10-2008.

6 Redimensionando o Ponto de Partida para Justificar Políticas de Ação Afirmativa para a População Negra: A distinção entre Desigualdade Naturais e Sociais

O caráter não substancial (histórico, dinâmico e valorativo) do Princípio da Igualdade torna-se ainda mais evidente em países nos quais convivem velhas e novas desigualdades. Neste contexto, a tradição jurídica nacional defronta-se com três grandes obstáculos para compreender a "novidade" das demandas dos negros organizados:

O primeiro refere-se à incorporação do legado formalista da Igualdade como igualdade perante a lei, ou seja, como reação à desigualdade de status. Com isso não se quer dizer que tal parâmetro não possa e não deva conviver com outras dimensões da igualdade. Ao contrário, a igualdade como resposta à desigualdade de status é importante para um país marcado pelo patrimonialismo e pela violência pública e privada contra populações marginalizadas. Porém, tal legado não deve servir para que se desconheçam as desigualdades de fato, sobretudo as raciais e étnicas, fazendo do Direito um "obstáculo à transformação social".²⁸⁸

O segundo, deve-se à leitura das desigualdades de fato como sinônimo de desigualdade de renda ou de patrimônio, o que implica, muitas vezes, em desconsiderar aspectos importantes da trajetória de exclusão de grupos sociais. Tal obstáculo é recriado pela ausência de uma consciência crítica sobre o legado ocidental da conquista de direitos. Numa tradição mimética, aspectos inovadores do patrimônio jurídico universal criados na Constituição brasileira, a exemplo do tratamento dado à questão indígena, são ofuscados por não possuírem similaridade com as Constituições alienígenas, sobretudo européias.

O terceiro, diz respeito à desigualdade de status e, especificamente, à recente construção da democracia formal. É marcante, em nosso país, a ausência de uma cultura política capaz de impor novas conquistas de direitos sem que elas pareçam representar uma concessão do soberano, uma dádiva ou favor. Convive-se com uma cultura política que não consegue dissociar o processo de conquista de direitos do autoritarismo de Estado e, desse modo, aceitar novos sujeitos sociais como protagonistas de sua história.

²⁸⁸ MONREAL, Eduardo Nova. Os Vestígios Individualistas no Direito. In: O Direito como Obstáculo à Transformação Social. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988, p. 131-145.

No plano jurídico, tais obstáculos se traduzem numa leitura peculiar da Constituição, segundo a qual, as cotas raciais, para ingresso no Ensino Superior, lesariam o Princípio da Igualdade, pois ele proibiria qualquer distinção perante a lei que não estivesse prevista expressamente no texto constitucional. Ademais, elas afrontariam diretamente a proibição de considerar a raça como forma de desequilíbrio entre os cidadãos, criando uma abominável discriminação relativa à cor ou a raça, até então inexistente.

Em posição contrária, tem-se destacado que o tema deve ser resolvido tendo em vista o respeito ao Princípio da Isonomia. Sob tal prisma, conforme Marçal Justen Filho, são “obviamente incompletas as afirmativas de que ofende a isonomia a diferenciação fundada na raça, no sexo ou credo religioso.”²⁸⁹

A clássica distinção adotada pelo ilustre constitucionalista José Afonso da Silva, ilustra o debate ao dizer que:

“O princípio (da igualdade) não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual - esclarece Petzold - não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os ‘iguais’ podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim como ‘essenciais’ ou ‘relevantes’, certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos ‘essenciais’ previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas ‘situações idênticas’, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos.”²⁹⁰

Em síntese, o conceito de Igualdade material representa um compromisso do Estado e, conseqüentemente, do sistema jurídico em combater os principais fatores históricos de desigualdade. Não se trata de mera assunção do fato à lei, mas da

²⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 71.

²⁹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 219.

consideração da lei e de todo agir da Administração Pública perante o conjunto dos sistemas de valores constitucionais. No contexto brasileiro, o que importa para a aplicação do Princípio da Igualdade, no âmbito das políticas públicas, é reconsiderar cautelosamente a distinção entre os conceitos de desigualdade natural, desigualdade social e diferenças. Conforme Norberto Bobbio:

“A diferença entre desigualdade natural e desigualdade social é relevante para o problema do preconceito pela seguinte razão: com freqüência o preconceito nasce da superposição à desigualdade natural de uma desigualdade social que não é reconhecida como tal, sem portanto que se reconheça que a desigualdade natural foi agravada pela superposição de uma desigualdade criada pela sociedade e que, ao não ser reconhecida como tal, é considerada ineliminável.”²⁹¹

De outra parte, segundo o escritor italiano:

“é claro que as desigualdades naturais são muito mais difíceis de vencer que as sociais. Por essa razão aqueles que resistem às reivindicações de maior igualdade são levados a considerar que as desigualdades são, em sua maior parte, naturais e, como tais, invencíveis ou mais dificilmente superáveis. Ao contrário, aqueles que lutam por uma maior igualdade estão convencidos de que as desigualdades são, em sua maior parte, sociais ou históricas.”²⁹²

Quando se considera um indivíduo concreto em suas limitações relacionadas à desigualdade natural, ele trava uma luta contra si mesmo. Porém, quando se considera a desigualdade social, sua luta de superação dirige-se contra as limitações criadas pela sociedade. De fato, todo indivíduo está exposto a limites naturais, sendo as doenças terminais a prova mais decisiva dessas limitações. Malgrado o acento dado pelas ideologias conservadoras sobre as desigualdades naturais entre os homens, as limitações impostas pela natureza a todos (sobretudo, a mais fatal de todas, a finitude humana, e, a mais comum delas, a dependência para com os demais e para com a natureza) sugerem que mais do que de desiguais por natureza, a humanidade é composta por singularidades semelhantes e interdependentes. Por sua vez, o caso extremo das doenças terminais demonstra que o principal obstáculo a superar não é aquele que será inevitavelmente imposto

²⁹¹ BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade e outros Escritos Morais. São Paulo: UNESP, 2002, p. 123.

²⁹² BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade e outros Escritos Morais. São Paulo: UNESP, 2002, p. 123.

pela natureza, mas o repúdio e a incompreensão do grupo social.²⁹³ O limite natural de um indivíduo é o de seu desafio em constituir-se como sujeito, porém as desigualdades sociais que são impostas sobre determinado grupo de indivíduos condicionam esse desafio.

Daí se concluir que, embora possa haver desigualdades naturais entre os indivíduos, as verdadeiras desigualdades são sociais, pois estas modificam ou dão sentido àquelas, constituindo-se em efetivo obstáculo à fruição de direitos. Por óbvio que muitas desigualdades naturais quando desconsideradas podem representar também uma limitação de direitos, pois, tanto para as desigualdades sociais como para as naturais, a indiferença social provoca o surgimento de maiores limitações. Ou seja, mesmo quando militam contra um indivíduo obstáculos naturais, não são tais obstáculos que determinam por si só, salvo casos extremos, o limite de sua superação. O que impõe limites à superação da desigualdade natural do indivíduo são as desigualdades sociais que se projetam sobre determinado grupo ou indivíduo.

O erro principal do argumento de que os programas de ação afirmativa para negros são violadores do princípio da igualdade por fazer referência à raça está em não compreender o fenômeno do racismo e em naturalizar o conceito de raça. Ele consiste em buscar na raça uma razão de discriminação da lei ou do ato administrativo. Essa premissa propõe duas interpretações que conduzem ao mesmo efeito: Primeiro, a de que para haver um tratamento diferenciado da lei para os negros deveria existir uma desigualdade natural. De qualquer modo, diante de tal desigualdade a lei seria impotente para resolver a exclusão vivenciada pelo grupo negro. Segundo, afirmando que não existe uma desigualdade natural entre as raças, conclui que não há que compensar socialmente uma desigualdade ausente. Considerar a raça seria criar o racismo.

No fim e ao cabo, elas concluem que o destino da população negra é de sua responsabilidade. Tal raciocínio é típico do pensamento racista que tende a naturalizar as desigualdades sociais, justificando a impossibilidade de sua superação. A desigualdade vivenciada pelos negros não está em sua raça, se com isso se quer dizer em sua biologia, mas no modo como a sociedade considerar as singularidades biológicas e lhe atribui valores. A desigualdade da população negra

²⁹³ ELIAS, Norbert. A Solidão dos Moribundos. Seguindo de Envelhecer e Morrer. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

não decorre da raça, mas da discriminação socialmente construída. Como declarou o Ministro Maurício Corrêa: “Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito.”²⁹⁴

O conceito de raça é mais histórico e sociológico do que exclusivamente biológico. Ter seis dedos numa mão pode ser um fato biológico, mas ser considerado inferior ou feio por causa disso, não é. Dizer que os homens com cinco ou seis dedos não são desiguais não resolve o problema de que eles serão tratados desigualmente na sociedade. Tampouco é necessário recorrer a um conceito de desigualdade natural para conceber a adequação de políticas públicas que considerem a desigualdade social para com pessoas com determinadas características físicas.

7 Políticas Públicas Fundadas na Raça e Políticas Públicas de Combate ao Racismo: O Racismo como Sistema de Valores que Afeta a Comunidade

A expressão desigualdades sociais, utilizada por Norberto BOBBIO, não é sinônimo de desigualdade de renda ou de patrimônio. Ela indica que determinadas desigualdades são frutos das opções humanas, variantes na história e na geografia, em relação ao tempo e ao lugar. A desigualdade é social porque não decorre da natureza, mas da vida em sociedade, ou melhor, em dada sociedade histórica. Essa é uma interpretação razoável para os termos contido no artigo terceiro da Constituição Federal. Conforme seu enunciado, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (I), “garantir o desenvolvimento nacional” (II) e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;” (III) “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (IV).

A interpretação mais imediata seria a de afirmar que a expressão “desigualdades sociais” deveria ser reconhecida como sinônimo de desigualdade de

²⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.30.

renda ou de patrimônio. Porém, a opção dentro de um modelo de economia capitalista, como deixa entrever o respeito à propriedade privada, condicionada a sua função social, é de impedir os extremos da pobreza e da marginalização, erradicando-as. Ou seja, indispensável encontrar as causas da pobreza e da marginalização e combatê-las ou, conforme o art. 23, inciso X, combater “os fatores” de marginalização. Se marginalizar é colocar a margem, em posição subalterna, ou excluir de um grupo, marginalização pode indicar tanto o grau extremo da pobreza - melhor seria dizer a miséria, muito embora esta já seja uma violação direta da dignidade humana – quanto a falta de empoderamento político e social que compõem o ciclo de perpetuação das desigualdades.

Neste sentido, a pobreza é uma causa da marginalização, talvez a principal, mas não a única. Pode-se questionar quais as causas da pobreza a fim de se investigar quais mecanismos impedem que políticas de distribuição de renda sejam eficazes ou não sejam implementadas. O constituinte não afirmou, por exemplo, que era objetivo da República erradicar as desigualdades entre homens e mulheres. Todavia, as pesquisas indicam que a pobreza é, sobretudo, feminina, e que a desigualdade entre homens e mulheres é um fator importante na restrição de direitos (marginalização).

Por sua vez, as desigualdades na expressão da Constituição são regionais e sociais. No primeiro caso, a uma referência ao pacto federativo, dando-lhe conteúdo substancial, pois se trata de garantir os “desenvolvimento nacional”. Todavia, sequer o “desenvolvimento nacional” é meramente econômico²⁹⁵, mas desenvolvimento humano, porque deve promover uma sociedade “justa e solidária”.²⁹⁶ No segundo caso, as desigualdades sociais aparecem como gênero das desigualdades que envolvem diversas “formas de discriminação” já enunciadas na necessidade de “promover o bem estar de todos”. Interpretação diversa levaria ao absurdo de se

²⁹⁵ “Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da CF, assecuratório de um tipo de ‘desenvolvimento nacional’ tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.” Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, *DJE* de 1º-7-2010.

²⁹⁶ Nos termos da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986): “é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”

considerar que a desigualdade entre homens e mulheres, por exemplo, não deveria ser combatida, o que é desmentido pelo próprio texto. As normas específicas que denunciam a existência de várias "desigualdades sociais" complementam os objetivos da República. Constituir uma "sociedade livre de preconceito" é projeto coletivo.

Portanto, a expressão "desigualdades sociais" indica todas as formas de desigualdades que são reforçadas pelos vínculos sociais, a "marginalização" o grau mais extremo de desigualdade ou, como se propôs, o desempoderamento político e social, violador da cidadania plena. Nas desigualdades sociais inclui-se, por exemplo, a desigualdade entre homens e mulheres, entre portadores e não portadores de necessidade especiais, entre indígenas e o restante da sociedade brasileira e, especificamente, a desigualdade racial (raça/cor). A pobreza e a marginalização devem ser consideradas em suas causas múltiplas e não apenas sob um viés economicista, sobretudo numa ordem constitucional que impede a abolição das bases fundamentais do sistema capitalista.

Interpretação diversa provocaria um fechamento de sentido que não apenas violenta o referencial dos Direitos Humanos²⁹⁷, como também se mostra inadequado para compreender uma sociedade complexa em suas múltiplas relações de poder e de exclusão.

Enfim, o artigo terceiro reconhece as fraturas na comunidade nacional, estabelecendo um programa de reformas para o Estado e para a Sociedade. Os verbos utilizados tanto no Preâmbulo quanto nos quatro artigos iniciais da Constituição implicam a "adoção de providências objetivas"²⁹⁸, ou seja, são espécie

²⁹⁷ Pois, conforme a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986): "a eliminação das violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e indivíduos afetados por situações tais como as resultantes do colonialismo, neocolonialismo, apartheid, de todas as formas de racismo e discriminação racial, dominação estrangeira e ocupação, agressão e ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial e ameaças de guerra contribuiria para o estabelecimento de circunstâncias propícias para o desenvolvimento de grande parte da humanidade;" Em seu artigo quinto: "Os Estados tomarão medidas resolutas para eliminar as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e dos seres humanos afetados por situações tais como as resultantes do *apartheid*, de todas as formas de racismo e discriminação racial, colonialismo, dominação estrangeira e ocupação, agressão, interferência estrangeira e ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial, ameaças de guerra e recusas de reconhecimento do direito fundamental dos povos à autodeterminação. Em seu artigo sexto: "Todos os Estados devem cooperar com vistas a promover, encorajar e fortalecer o respeito universal pela observância de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião."

²⁹⁸ SILVA, Jorge da. Direitos Cívicos e Relações Raciais no Brasil. Rio de Janeiro: Luam, 1994, p. 132.

de regras que “fixa textualmente prestações destinadas à promoção e integração dos segmentos desfavorecidos”²⁹⁹, ou como anota o Ministro Marco Aurélio Mello, em comentário ao artigo terceiro:

“Posso asseverar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos ‘construir’, ‘garantir’, ‘erradicar’ e ‘promover’ implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar ‘ação’. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades”.³⁰⁰

E, ainda, o artigo terceiro reconhece “desigualdades”, pois, numa sociedade ideal, fazer referência a objetivos de “promover” ou “erradicar” seria absolutamente inócua. Somente se pode criar objetivos diante de uma realidade que se opõe à normatização.

A pluralidade e a complexidade das desigualdades sociais justifica, como sintetiza Flávia Piovesan, se falar num “caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento de identidades.” De tal modo que:

“O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.”³⁰¹

²⁹⁹ SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação Afirmativa para Negros nas Universidades: A Concretização do Princípio Jurídico da Igualdade. In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e; SILVÉRIO, Valter Roberto. Educação e Ações Afirmativas. Entre a Injustiça Simbólica e a Injustiça Econômica. Brasília: INEP, 2003, p. 102.

³⁰⁰ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica Constitucional – a Igualdade e as Ações Afirmativas. In: Discriminação e Sistema Legal Brasileiro. Anais do Seminário Nacional organizado pelo Tribunal Superior do Trabalho em 20 de Novembro de 2001, p. 23.

³⁰¹ PIOVESAN, Flávia. A Compatibilidade das Cotas Raciais com a Ordem Internacional e com a Constituição Brasileira. In: Audiência Pública sobre Cotas para Afro-descendentes nas Universidades ADPF 186 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 597.285/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>

Logo, a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa para negros depende da seguinte consideração: A desigualdade decorrente do preconceito de cor ou raça estaria incluída entre as "desigualdades sociais"?

Em primeiro lugar, as normas que proíbem o racismo têm também o condão de fazer conhecer a todos que ele é um fenômeno social (existente no Brasil) que pode e deve ser combatido e que, devido a sua gravidade e impacto social, deve ter tutela constitucional. A tutela mais evidente para bens relevantes, em casos extremos, é a tutela negativa que, em sede constitucional, alcança o grau máximo, quando se limita, inclusive, o direito à prescrição daqueles que praticam crime de racismo. Embora essa técnica jurídica seja passível de crítica diante do uso do direito penal simbólico³⁰² ³⁰³, é importante ressaltar o valor simbólico da imprescritibilidade não sob o ponto de vista penal. Imprescritível, como se afirma nas páginas seguintes, é aquilo que não pode ser esquecido, perdoado, deixado para segundo plano, não lembrado.

Se a exclusão da população negra não fosse uma construção social não haveria razão para proibir os argumentos expendidos sobre sua suposta causa fundada na inferioridade natural. No limite, a proibição serviria apenas como uma forma de "etiqueta social" de caráter moral duvidoso: "Não se pode dizer a eles (aos negros) que sabemos que são inferiores." Ou ainda, de declaração de esquizofrenia "Não podemos dizer a nós mesmos que somos inferiores."

Ao invés disso, a proibição das manifestações de racismo é a consolidação, em sede constitucional, de que os argumentos das teorias racistas já foram, ao longo da história, suficientemente refutados, sendo temerários diante da

³⁰² Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, "A determinação constitucional de imprescritibilidade do crime de racismo seja uma manifestação de simbolismo sem precedentes no mundo. A imprescritibilidade revela-se uma das maiores exceções às garantias dos direitos fundamentais." SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.189.

³⁰³ Sobre a seletividade do sistema penal e o caráter simbólico da tutela penal, veja-se: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

necessidade de construir uma sociedade solidária, fundada na Dignidade Humana.³⁰⁴

Em sua trajetória histórica, elas justificam-se como formas de impedir regimes fundados em ideologias de "Supremacia Racial" instaurados com a propagação da ignorância e que se consolidam fazendo uso da ignorância acumulada ao longo dos séculos, assim como todas as ideologias fundadas na valoração negativa de suas vítimas históricas já conhecidas, no caso dos negros, o embranquecimento e a branquitude.

Apesar de seus limites evidentes, a criminalização do racismo representa uma tentativa de intervir no plano das relações sociais impedindo que crenças raciais façam com que grupos considerados como inferiores sejam afetados no acesso a direitos fundamentais. Portanto, a proibição do uso da raça e a criminalização do racismo dirigem-se contra os argumentos, as ações e medidas legislativas que partam do pressuposto da existência de uma inferioridade natural entre brancos e negros, reconhecendo, ao mesmo tempo, que as desigualdades vivenciadas pelos negros e indígenas foram provocadas por causas sociais encontradas nas opções valorativas de Estados e Sociedades.

As proposições que negam o racismo como valor, criminalizando o racismo, são incompatíveis com políticas para combater a marginalização do grupo negro e a redução das Desigualdades Raciais?

Os regimes que adotaram explicitamente perspectivas defensoras da Supremacia Racial - ou que valorizaram a branquitude em detrimento da negritude, com o caso brasileiro - somente obtiveram sucesso na medida em que fizeram confundir a falsa explicação sobre a inferioridade e a alocação dos grupos considerados inferiores em posição subalterna. A crença na inferioridade negra não é fruto apenas da percepção de que havia uma diferença na pigmentação ou de determinados traços físicos, mas do encontro cotidiano dos negros em posições

³⁰⁴ No texto da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968), lê-se em seu preâmbulo: "Convencidos de que a doutrina da superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificção para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum". E, em seu artigo quarto: "Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo (...)".

sociais que demarcavam sua exclusão. De igual modo, esse encontro era reforçado com novas atitudes que tendiam a sua permanência.

Nesse sentido, Norbert Elias e John Scotson apresentam os modos como grupos dominantes estigmatizam grupos dominados, fazendo crer a si e aos próprios execrados que tais estigmas são (ou poderiam ser) verdadeiros:

“O primeiro modo de estigmatizar é a pobreza. Para utilizá-la, o grupo dominante precisa monopolizar as melhores posições sociais, em termos de poder, prestígio social e vantagens materiais. Apenas nesta situação, a pobreza pode, então, ser vista como decorrência da inferioridade natural dos excluídos. O segundo modo de estigmatizar é atribuir como características definidoras do outro grupo a anomia (a desorganização social e familiar) e a delinquência (o não cumprimento das leis). O terceiro é atribuir ao outro grupo hábitos deficientes de limpeza e higiene. O quarto e último é tratar e ver os dominados como animais, quase-animais, ou não inteiramente pertencentes à ordem social.”³⁰⁵

As manifestações mais comuns de racismo e preconceito se operacionalizam principalmente pela criação de esteriótipos. Como explica David Brookshaw, “os esteriótipos congelam a personalidade, apagam a individualidade, dotando o receptor com características que se adaptam a priori ao ponto de vista do percebido”. Os esteriótipos, apesar de parecerem uma moldura prévia congelada, são flexíveis e variáveis, podendo ser auto-contraditórios: “Uma vez que os esteriótipos estão mais enraizados no preconceito do que no fato, eles são tão flexíveis na prática quanto inflexíveis na teoria.”³⁰⁶ Como alerta Allport, “a flexibilidade dos esteriótipos é operacionalizada por um “instrumento de re-cercar”, ou seja, “quando um fato não pode se adaptar a um campo mental, a exceção é reconhecida, mas o campo é novamente cercado com rapidez e impedido de permanecer aberto.”³⁰⁷

Em sua análise dos registros policiais, Antônio Sérgio Alfredo Guimarães, afirma que os insultos raciais, como estratégia de distanciamento social, podem ser agrupados em sete tipos:

³⁰⁵ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. São Paulo: Ed. 34, 2002, p.172.

³⁰⁶ BROOKSHAW, David. Raça e cor na literatura brasileira. Trad. Marta Kirst. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1983, p.10-11.

³⁰⁷ Citado por: BROOKSHAW, David. Raça e cor na literatura brasileira. Trad. Marta Kirst. Porto Alegre : Mercado Aberto, 1983, p.11.

“1) Simples nomeação do Outro, de modo a lembrar a distância social ou justificar uma interdição de contato. 2) Animalização de Outro ou implicação de incivilidade. 3) Acusação de anomia, em termos de: conduta delinqüente ou ilegal; imoralidade sexual; irreligiosidade ou perversão religiosa. 4) Invocação da pobreza ou da condição social inferior do Outro, através de: termos referentes a tal condição; referencia a uma origem subordinada; uso de diminutivos; acusação de impostura (assunção de posição social indevida). 5) Acusação de sujeira. 6) Invocação de uma natureza pervertida ou de uma maldição divina. 7) Invocação de defeitos físicos ou mentais.”³⁰⁸

No Brasil, os estigmas associados reiteradamente “a cor negra ou preta, que tais pessoas apresentam, transformando-a em símbolo sintético de estigma” são: “1) pretensa essência escrava; 2) desonestidade e delinqüência; 3) moradia precária; 4) devassidão moral; 5) irreligiosidade; 6) falta de higiene; 7) incivilidade, má-educação ou analfabetismo.”³⁰⁹

É revelador que as vítimas se queixem principalmente do insulto racial proferido no âmbito do trabalho, da vizinhança e do consumo de bens e serviços. Daí concluir que:

“As situações de insulto, ou seja, aquelas em que a posição de inferioridade do negro precisa ser reforçada por rituais de humilhação pública, encontram-se principalmente, no trabalho e negócios, onde o cliente ou usuário sente-se ameaçado pela autoridade de que o negro está investido; ou em situações em que os brancos se sentem incomodados pela conduta igualitária do negro. Existe mesmo, no Brasil, a expressão “tomar liberdade” ou “metida a besta” para alguém, que se crê superior, referir-se á conduta “indevida” de outrem, que se crê socialmente igual a ele.”³¹⁰

Portanto, os insultos raciais são reações a situações nas quais a estabilidade da hierarquia entre os grupos raciais possa estar sendo ameaçada. De modo mais genérico, o insulto é uma reação ao próprio valor da igualdade entre brancos e negros. Todavia, isso não significa que os estereótipos não estejam presentes em

³⁰⁸ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. São Paulo: Ed. 34, 2002, p.177.

³⁰⁹ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. São Paulo: Ed. 34, 2002, p.195.

³¹⁰ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Classes, Raças e Democracia. São Paulo: Ed. 34, 2002, p.195.

outros contextos nos quais o conflito fique apenas "latente" como na atribuição de tarefas a indivíduos negros qualificados que seriam incompatíveis diante de seu maior grau de escolarização.

A tutela penal fragmentária de atos de discriminação ou de controle sobre discursos é impotente diante da permanência da exclusão sistemática.³¹¹ A existência do racismo, como se disse, não pode ser buscada na maldade humana ou na atitude individual isolada, sua fonte são relações de poder, nutridas pela ignorância. A ignorância social somente subsiste quando ela encontra pontos de apoio numa apreensão dinâmica e prática da realidade. As ideologias da inferioridade racial necessitam tocar na realidade e construí-la a seu modo para que possam ser aceitas.

O combate ao racismo, portanto, exige uma política positiva por parte do Estado. O que não significa que tal ação tenha por base a raça, pois de fato não é a raça a causa do racismo. O racismo é um sistema de valores que impõe uma desigualdade social quanto à raça. O que se combate é esse sistema de valores. Uma política pública que tomasse como ponto de partida a raça seria inconstitucional. De fato, as políticas que tomaram como ponto de partida a raça empreenderam políticas de privilégio para determinados grupos, propuseram a eugenia como método de profilaxia social, defenderam a imigração branca para melhoria da raça, chegando, em seus extremos, a defender o extermínio. Tais políticas foram abertamente racistas.

O ponto de partida da ação estatal, constitucionalmente adequada, é o reconhecimento de valores racistas e seus efeitos (intencionais ou não) em dada sociedade. A ação do Estado numa política de ação afirmativa não tem por objetivo reconhecer a raça, mas aqueles que são discriminados por seu pertencimento racial. Reconhece-se uma situação de desigualdade social que não pode ser medida apenas quantitativa, pois dependem da revisão de valores consolidados.

³¹¹ Como alerta o Ministro Nelson Jobim, em primeiro lugar, na legislação brasileira, encontra-se, na maioria das condutas, uma "criminalização topológica", preocupada mais em proteger locais do que impedir a disseminação do racismo. Em segundo lugar, criam-se "mecanismos lingüísticos" capazes de impedir a criminalização. É o que ocorre com o apelo à idéia de "democracia racial" que, quando adotada como premissa, impede que se reconheçam os atos de discriminação. JOBIM, Nelson. A Inserção do Afro-descendente na Sociedade Brasileira. Palestra com o Ministro Nelson Jobim, Presidente do STF realizada na Câmara Municipal de São Paulo em 20 de Agosto de 2004. Núcleo Técnico de Registro, 712.

As políticas de ação afirmativa e as cotas no ensino superior, partem do pressuposto de que a desigualdades raciais são uma forma de desigualdade social. De fato, a base de qualquer sistema discriminatório que justifique uma intervenção positiva do Estado é, em última análise, a desigualdade social. Ou seja, aquela desigualdade que pode ser e que se quer ver modificada, pois fruto, em sua origem, de uma intervenção humana, ou melhor das opções individuais, coletivas e estatais ao longo da história.

A razão da discriminação positiva somente pode ser a existência de uma discriminação negativa. Como destaca o ilustre professor José Jorge de Carvalho, ao analisar o espaço acadêmico:

“Proponho a utilização da expressão ação negativa para retirar da ação afirmativa sua dimensão de eufemismo e recobrar a literalidade conjuntural do seu significado. Se ação afirmativa surgiu para definir algo de novo, foi, justamente para contrapor-se à situação vigente contra os negros até uma geração atrás, qual seja, a de vítimas sistemáticas de ação negativa por parte dos brancos. Sobretudo, em um país como o Brasil, que se jacta ideologicamente de não praticar o padrão de segregação racial característico dos Estados Unidos e da África do Sul, o termo racismo é facilmente tergiversado de modo a tornar-se extremamente difícil sua aplicação, porque é associado a um incidente singular de abuso verbal ou físico a uma pessoa negra – e sua singularidade é justamente o álibi para que seja minimizado como algo da ordem da paranóia, do mal entendido, ou da mera intenção jocosa. Para complementar essa atitude racista brasileira quase sempre semanticamente amorfa, e que se define quase que exclusivamente pelo paroxismo da discriminação sem projeto ou precedentes, a idéia de ação negativa aponta mais claramente para o stress racial sistemático e consistente sofrido no cotidiano pelos pretos e pardos em sua convivência nos espaços sociais subentendidos (às vezes abertamente) como brancos no Brasil.”³¹²

No Brasil, o preconceito têm por base a aparência, o fenótipo, o qual, embora dependa da descendência (da herança genética) para surgir, não faz recair sobre toda a ascendência a marca indelével da exclusão do indivíduo. Apenas aquela parte identificável da herança genética (negra) é que passa a ser determinante, de

³¹² CARVALHO, José Jorge de. Exclusão Racial na Universidade Brasileira: um caso de ação negativa. In: QUEIROZ, Delcene Macarenhas. (org) O Negro na Universidade. Salvador: Novos Toques, 2002. p. 93.

forma autônoma, do preconceito e da discriminação. Ela garante a permanência de desvantagens cumuladas ao longo das gerações e, ao mesmo tempo, a adesão aos valores que determinam a exclusão dos que não podem ser considerados brancos. Apesar da impropriedade da expressão “preconceito de cor”, ela é a mais comum para identificar sua manifestação. Sua impropriedade refere-se ao fato de que não há uma apreensão exclusiva de uma das características físicas humanas, mas a remição a noções históricas que a identificam como a característica de determinado grupo racial. Logo, a cor é captada no conjunto dos traços de aparência e de valores que construíram a idéia de negro como um “ser inferior” em nosso país pela aceitação de teses científicas, por sua identificação com o trabalho braçal e pela negação do valor da civilização às manifestações culturais dos povos africanos escravizados. .

A causa dos fenômenos raciais não é a aparência, mas o sistema de valores historicamente construído sobre as características físicas e suas conseqüências sociais na distribuição de bens (maiores ou menores oportunidades no trabalho, acesso à propriedade e à educação etc.). Ele possui certa força de inércia do passado, mas se encontra, sobretudo, vivo no presente, no tratamento seletivo, às vezes sutil, encontrado no sistema educacional, no mercado de trabalho, no acesso aos serviços públicos e privados etc. Não há uma desigualdade natural entre brancos e negros que justifique o tratamento preconceituoso que é dado ao grupo de negros ou as taxas sociais que lhe são desfavoráveis. Aliás, ela jamais existiu para além da crença social que justificou a sua transformação em uma dura realidade para aqueles que nascem com aparência negra. Como asseverou o Ministro Maurício Corrêa:

“(...) a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres

humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Tora acerca da origem comum do homem.”³¹³

A base da desigualdade que atinge o grupo negro (afro descendente) é social. Algumas características físicas naturais, tomadas em conjunto, que representariam uma diferença salutar da espécie humana, são utilizadas como base de discriminação, instaurando uma desigualdade Social. Tal situação não é uma opção dos grupos discriminados, mas uma condição de sua existência. Os indivíduos pertencentes ao grupo negro (afro-descendente) não podem se despir de suas diferenças naturais e da existência de um sistema negativo de valores que condiciona a distribuição de bens e a sujeição potencial ou real de todos os indivíduos pertencentes aquele grupo aos efeitos nocivos do racismo.

Em síntese, a permanência de tal sistema negativo de valores, a força da inércia das desigualdades raciais históricas e as desigualdades raciais no presente justificam a existência de políticas públicas que ataque a situação fática (a discriminação negativa).

Neste contexto, é importante ressaltar que o Estado brasileiro tomou no curso de nossa história diversas medidas para garantir a desigualdade para os negros. Como afirma Daflon Barrozo:

“A transição da sociedade escravocrata brasileira para o período pós-escravagismo arregimentou um conjunto de políticas ativas e omissivas, diretas e indiretas claramente identificáveis que garantiu a continuidade da substancia sob outra forma: de uma sociedade estatamental baseada na objetivação e propriedade dos membros do estamento escravo para um regime de criação regulada de uma classe social subalterna, subeducada e subempregada a cujo pertencimento foi avassaladoramente determinado pela cor. O efeito desses fatores com uma concepção delgada de igualdade como status normativo que sobrevive até hoje, foi a criação e o concomitante e sempre renovado engessamento de um semi-estamento, ainda hoje maciçamente demarcado pela cor, sobre a qual recai generalizados juízo de inferioridade e expectativa social de subordinação.”³¹⁴

T.H. Marshal já havia destacado que:

³¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.23.

³¹⁴ BARROZO, Paulo Daflon. A idéia de igualdade e as ações afirmativas. In: Lua Nova N 63, 2004. Disponível em: www.scielo.br/pdf/ln/63/a05n63.pdf. Acesso em: jan./2005. p. 123-124.

“As diferenças de status podem receber a chancela da legitimidade em termos de cidadania democrática, desde que não sejam profundas, mas ocorram numa população unida por uma civilização única; e desde que não sejam expressão de um privilégio hereditário. Isto significa que desigualdades podem ser toleradas numa sociedade fundamentalmente igualitária desde que não sejam dinâmicas, isto é que não criem incentivos que se originam do descontentamento e do sentimento de que “este tipo de vida não me agrada”, ou “estou decidido a fazer tudo para que meu filho não passe pelo que passei.”³¹⁵

Nesse sentido, as políticas de ação afirmativa para o grupo negro, as quais não devem servir para substituir as demais políticas sociais genéricas, são essencialmente redistributivas. São redistributivas porque impedem a acumulação diferenciada de vantagens por aqueles que, independente de seu assentimento, são beneficiados pela existência de uma desvalorização dos indivíduos de aparência negra. Porém, mas não se pode querer negar-lhes o caráter reparatório. A reparação em questão não é, por certo, uma compensação individual a determinados indivíduos que já morreram para outros que estão vivos. Trata-se de uma reparação de toda a comunidade para com os valores que têm sido negados pelo racismo, entre eles a diversidade de nossa formação histórica. A reparação atinge, desse modo, os indivíduos que mesmo tendo aparência branca estão vinculados a antepassados negros ou adotam no presente formas de expressão culturais que são marginalizadas por conta de sua origem africana ou escrava, e, sobretudo, pela atribuição a seus portadores originários de uma inferioridade. Elas são, portanto, medidas capazes de reconstruir, inclusive, para os beneficiários do racismo, as possibilidades de novas formas de convivência humana que lhes são negadas por sua ignorância.

De outra parte, qualquer ponderação sobre os direitos de grupos discriminados não pode tomar como ponto de partida o argumento fundado no preconceito, que pode ser, inclusive, compartilhado por indivíduos discriminados e não discriminados, segundo o qual o destino dos indivíduos pertencentes a tais grupos está exclusivamente condicionado por sua força ou caráter individual. Para que se possa ponderar sobre qualquer fato relacionado à discriminação é indispensável que se pese as conseqüências para todo o grupo discriminado e,

³¹⁵ MARSHAL, T.H. Cidadania e Classe Social. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 108.

sobretudo, para o conjunto dos grupos socialmente discriminados. Isso porque os sistemas culturais de discriminação e o racismo, em particular, agem sobre grupos e não sobre indivíduos. Como afirma Norberto BOBBIO ao afirmar que: "O racismo se dirige não tanto para a pessoa singular, diante da qual se pode ter sentimentos de ódio, desprezo ou aversão, quanto para um grupo, ou para um indivíduo pertencente a um grupo."³¹⁶

Como completa José Afonso da Silva:

"A realização da igualdade perante a justiça, assim exige a busca da igualização de condições dos desiguais, o que implica conduzir o juiz a dois imperativos, como observa Ingber: de um lado, cumpre-lhe reconhecer a existência de categorias cada vez mais numerosas e diversificadas, que substituem a idéia de homem, entidade abstrata, pela noção mais precisa de indivíduo caracterizado pelo grupo em que se insere de fato; de outro lado, deve ele apreciar os critérios de relevância adotados pelo legislador"³¹⁷

A universalidade das políticas de ação afirmativa para o grupo está radicada justamente no fato de que elas se dirigem contra os valores negativos que atingem diretamente esse grupo, mas, indiretamente, o conjunto da sociedade brasileira, pois como afirma José Jorge de Carvalho, "Se o negro é pressionado para entrar paralisado no discurso hegemônico do branco, também o branco brasileiro sofre as conseqüências negativas de sustentar essa ambivalência em relação ao negro."³¹⁸

Não há, portanto, *prima facie*, violação do Princípio da Isonomia quando a própria Constituição pondera e reconhece a existência de grupos em situação de desvantagem social. Ademais, tão evidente é a situação do grupo negro que quando se inicia um debate sobre a discriminação em nosso país ele se torna uma referência de tal modo significativa que a idéia de racismo tende a se confundir com o reconhecimento da existência da discriminação racial contra os negros. É o que ocorreu no julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS em que os ministros do Supremo Tribunal Federal debateram longamente se o termo racismo deveria ficar restrito às hipóteses que tratavam dos negros ou deveria se estender aos judeus.

³¹⁶ BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade e outros Escritos Morais. São Paulo: UNESP, 2002. p. 123.

³¹⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 219.

³¹⁸ CARVALHO, José Jorge de. Inclusão Étnica e Racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior. São Paulo: Attar Editorial, 2006. p.128.

Como afirmou o Relator Moreira Alves: “O elemento histórico — que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele — converge para dar a racismo o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra.”³¹⁹ Embora a solução final que identificou a necessidade de tutela do grupo judeu tenha sido a mais acertada, ela permitiu inúmeras manifestações de reconhecimento da existência do racismo contra os negros no Brasil, demonstrando que, abstratamente, quando não está em jogo a possibilidade de concessão de direitos para esse grupo, a comprovação de uma desigualdade fática não demanda maiores questionamentos.

Carlos Alberto Medeiros, em apertada síntese, apresenta os achados das pesquisas quantitativas sobre desigualdades raciais no Brasil:

“As desigualdades raciais constituem elemento-chave na determinação do status relativo dos indivíduos em nossa sociedade, influenciando-os desde o nascimento, como se constata pelos diferenciais de raça em termos de mortalidade infantil, até a morte, como se depreende da desigualdade em matéria de expectativa de vida.”³²⁰

Tais argumentos corroboram a conclusão de Carlos Halsenbalg:

“Mais de um século depois da abolição da escravidão, o trabalho manual continua ser o lugar reservado para os afro-brasileiros. Em oposição ao que afirmaram as teorias sobre a modernização, a estrutura de transição fornecida pelo rápido crescimento econômico das últimas décadas não parece ter contribuído para diminuir de maneira significativa a distância entre os grupos raciais presentes na população.”³²¹

Por último, convém responder a uma objeção presente no senso comum sobre as cotas raciais. O que diferencia uma criança pobre negra e uma criança pobre branca que cursam a escola pública e devem fazer uma prova do vestibular? Compreendida a distinção entre desigualdades sociais e naturais, não é a

³¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004. p.14.

³²⁰ MEDEIROS, Carlos Alberto. Na lei e na raça. Legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

³²¹ HALSENBALG, Carlos. Os Números da Cor. Rio de Janeiro: Centro de estudos afro-asiáticos, 1996. p.15.

desigualdade de renda e tampouco a desigualdade de raça, é a desigualdade racial. Se elas são desigualmente iguais na desigualdade econômica, mas não são iguais nos condicionantes históricos e ideológicos que as colocam em situações diferenciadas na valoração social de suas potencialidades humanas. Com o fim de torná-las iguais, para uma leitura economicista de “inspiração” marxista, bastaria abolir a desigualdade de patrimônio, por sua vez, para uma leitura economicista de “inspiração” liberal, bastaria sujeitá-las as mesmas políticas distributivas, o que já ocorre quando ambas usufruíram do ensino público gratuito.

Todavia, nenhuma das duas perspectivas consegue explicar porque, enquanto grupo uma criança negra tem menos chances de concluir o ensino público. Somente uma leitura que tome como ponto de partida a complexidade das relações sociais pode explicá-las, a desigualdade está nas violações da dignidade humana as quais a criança negra está sujeita. O intérprete constitucional tem o direito de minimizá-las, impondo sua leitura das causas das desigualdades ou deve assumir que interpretações plausíveis, construídas em um espaço público de participação são toleráveis? O dilema está na tentativa de substituir judicialmente as produções de sentido das políticas públicas construídas socialmente. A norma constitucional não diz qual é a política pública que deve ser implementada, tampouco veda políticas públicas de combate à desigualdade racial, ao contrário, justifica a sua existência. Logo, a questão é saber se a violação da dignidade humana, em razão da desigualdade econômica, esta sendo combatida por políticas públicas, e não se apenas a desigualdade econômica está sendo combatida. Ademais, no plano das soluções concretas, o argumento de que as desigualdades raciais também são causa da pobreza e das desigualdades econômicas também é plausível quando se considera o caráter cíclico das desigualdades.

8 O Estabelecimento de “Cotas Raciais” nas Universidades Públicas e sua Adequação ao Princípio da Igualdade

Sob o prisma jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello tem sido o mais extensamente utilizado para a análise da igualdade. Considerada a trajetória histórica da construção da igualdade em nosso país, observadas as finalidades da tutela negativa da igualdade racial na Constituição e estabelecida a distinção entre

desigualdades social e natural, o pensamento do referido autor é absolutamente compatível com a criação de políticas públicas de acesso ao ensino superior que possuam critérios de sensibilidade à discriminação racial sofrida pelo grupo negro.

Segundo o autor, na análise do princípio da isonomia, é indispensável que se questione:

“o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável — sem agravos à isonomia — que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?”³²²

O primeiro aspecto da isonomia consiste em reconhecer a existência de uma diferença real e efetiva entre duas ou mais situações. O segundo, na seleção de um critério diferenciador apto a avaliar as diferenças e compatível com a razão de ser da diferenciação.³²³ Como interpreta Marçal Justen Filho: “O princípio jurídico da isonomia é incompatível com a escolha arbitrária ou inadequada de um critério de diferenciação. É fundamental que o critério de comparação seja vinculado à natureza do problema e à qualidade dos bens e direitos objetos da decisão.”³²⁴

Segundo Celso Bandeira de Mello, o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se dividiria em três questões: “a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.”

Portanto:

“(…) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional³²⁵, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico

³²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p.11.

³²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

³²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

³²⁵ Leia-se justificativa racional, não “a justificativa racional”.

tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.”³²⁶

De forma resumida:

“importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação conseqüente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.”³²⁷

Entretanto, antes de continuar a análise do referido autor, convém ressaltar que as tentativas de aplicar sua estrutura de raciocínio não podem ficar imunes ao fato de que Celso Bandeira de Mello, vinculado a uma visão estrita da igualdade formal, tendia a identificar no traço desigualador acolhido tão somente desigualdades naturais e no fundamento racional a eficiência da execução abstrata de serviços a serem executados pelo Estado.

Assim, ao debater as desigualdades raciais, as hipóteses em que ele aceita a diferenciação partem, infelizmente, de uma concepção de raça biológica, sem atender para o fato de que ela é uma construção social. Nesse sentido, afirma, por exemplo, que:

“Pode-se, ainda, supor que grassando em certa região uma epidemia, a que se revelem resistentes os indivíduos de certa raça, a lei estabeleça que só poderão candidatar-se a cargos público de enfermeiro, naquela área, os indivíduos pertencentes à raça refrataria à contração da doença que se queira debelar. É óbvio do mesmo modo, que, ainda aqui, as pessoas terão sido discriminadas em razão da raça, sem, todavia, ocorrer, por tal circunstância, qualquer hostilidade ao preceito igualitário que a Lei Magna desejou prestigiar.”³²⁸

Neste caso, a validade dependeria da existência de uma propensão genética. Todavia, tão propensão não respeita, necessariamente, as divisões entre os grupos

³²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p.19.

³²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p.20.

³²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p.16-17.

humanos que se fundamentam nos processos de racialização, os quais são independentes de diferenças biológicas significativas, muito embora se estruturam em divisões de frequência biológica de características físicas de aparência.

Em outros casos o autor considera o fenômeno do preconceito, mas seu exemplo guarda sua certeza no exotismo, ocultando a realidade prática circundante: “De igual modo, não se adversará à regra da igualdade se for proibida a admissão, em dadas funções que requeiram contato com tribos primitivas, de pessoas portadoras de certa característica física, qual, *exempli gratia*, determinada cor de olhos, se as tribos em causa tiverem prevenção contra os possuidores de traço biológico desta ordem.”³²⁹

Enfim, assim como muitos de sua geração, restou indiferente ao princípio da solidariedade e, sobretudo, às diversas formas de desigualdade social, inclusive aquelas que já eram suficientemente debatidas como as desigualdades entre homens e mulheres. Logo, a aplicação de seu raciocínio depende do deslocamento do marco constitucional de um Estado indiferente às variadas formas de desigualdade social para um Estado Democrático de Direito, da igualdade formal para a igualdade material, e, em razão disso, da abertura interpretativa, de caráter pragmático, para as diversas formas de desigualdade vivenciadas numa sociedade concreta.³³⁰

³²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 16-17.

³³⁰ Pode-se pretender argumentar que o raciocínio do autor, sem as ressalvas assinaladas, resta absolutamente compatível com determinadas formas de desigualdades que seriam naturais, a exemplo dos deficientes físicos. Como se afirmou acima não é a deficiência a “causa” principal da exclusão vivida pelos deficientes. Aliás, tal raciocínio levaria a crer que os deficientes, por sua natureza, se excluem socialmente. Ao contrário, quando se considera o fato de que na sociedade moderna essa exclusão se dá em relação à potencialidade da sua capacidade de produção num sistema produtivo padronizado, dentro do modelo fordista, se pode concluir que a exclusão se dá em relação a dois problemas: a valoração do homem apenas em relação a sua força de trabalho numa sociedade industrial e a adaptação a um modelo de produção que é indiferente à diversidade humana. O primeiro problema revela um valor incompatível com o Estado Democrático de Direito em que a humanidade é percebida em suas múltiplas dimensões. O segundo problema esbarra na imposição prévia de limites ao desenvolvimento das capacidades produtivas de cada ser humano. A inserção laborativa dos deficientes físicos demonstra, portanto, a necessidade de humanização das relações sociais e, sobretudo, o fato de que os limites supostos não são os limites reais da “deficiência”, pois são vencidos e redimensionados a cada novo passo de inclusão. Trata-se de um aprendizado que é bilateral, tanto do grupo dos deficientes quanto da sociedade, e que tem, aos poucos, demonstrado que os raciocínios abstratos sobre uma desigualdade natural são pouco compatíveis com a realidade. As políticas de inclusão são devidas diante da exclusão sistemática e histórica desse grupo e como forma de demonstrar que as limitações impostas não são os limites definitivos. Enfim, ainda que se queira recorrer à idéia de uma desigualdade natural, mesmo no caso dos deficientes físicos, a grande barreira a ser vencida é uma desigualdade social.

A palavra “raça” na Constituição Federal de 1988 é quase sempre mencionada como forma de afastar a criação de regimes jurídicos baseados na raça, tais como foram o regime do Apartheid ou da Alemanha Nazista.³³¹ Ela também indica que tais extremos da discriminação subsistem como uma forma latente de perversão de regimes que induzem das mais diversas formas a situações nas quais um grupo racial possa se tornar prevalente nas estruturas de distribuição do poder e da propriedade. O racismo, em suas formas mais perversas, resulta de processos sociais diversos que alocam paulatinamente determinados grupos nos piores “lugares” sociais. Constroem-se, no mesmo passo, valores que tendem a criar uma espiral contínua de degradação.

As políticas de ação afirmativa, ao tomarem por base a discriminação racial sofrida, impedem que a raça se torne um valor negativo utilizado como meta-regra nas políticas públicas universalistas ou até mesmo nas práticas policiais e jurídicas. Ao explicitarem a discriminação existente, elas se constituem num antídoto contra a idéia de supremacia racial que a proibição da consideração da raça visa evitar.

Segundo a Ministra Carmem Lúcia Antunes da Rocha: “coube à doutrina o grande mérito de haurir o princípio negador da validade do preconceito como motivo de ação aceitável no Direito, o princípio maior da igualdade, alargando na terminologia do princípio o que não havia em seu conteúdo e nas normas jurídicas que lhe fixavam o conteúdo e a forma de aplicação.”³³²

Conforme declarou o Desembargador do TRF da 4ª Região, Luiz Carlos de Castro Lugon:

“É simplismo alegar, em relação ao tema sub examine, que a Constituição proíbe discriminação fundada em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias. Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de igualdade no que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e

³³¹ Na adequada afirmação de Celso Bandeira de Mello: “Então, percebe-se, o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como ratio fundamentadora de discriminação.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p.18.

³³² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: Revista Trimestral de Direito Público, n 15, 1996, p. 86.

ao preenchimento dos espaços de poder. (...) Não se trata aqui de reparar no presente uma injustiça passada; não se trata de vindita ou compensação pelas agruras da escravidão; a injustiça aí está, presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por esmagadora maioria branca”³³³

Enfim, as políticas de ação afirmativa não violam o mandamento de não-discriminação pela raça, pois os negros não estão sendo visados porque são “negros”, mas porque sofrem os efeitos do racismo em nossa sociedade.

Como esclarece a Ministra Carmem Lúcia Antunes da Rocha:

“A definição jurídica da desigualdade dos desiguais histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram marginalizados e são marginalizados por preconceitos engravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.”³³⁴

De igual modo, não se pode falar em “brancos pobres” atingidos pelas políticas públicas destinadas a combater o racismo pela simples razão de que os brancos nunca foram visados por políticas discriminatórias em função da sua aparência branca, mas, ao contrário, puderam beneficiar-se dos valores conferidos a “branquidade” em nosso país. Isso não quer dizer que indivíduos reconhecidos socialmente como brancos não sejam pobres. São pobres e merecem políticas públicas de combate à pobreza da mesma forma que as mulheres merecem políticas públicas de combate às desigualdades de gênero. Dito de outra forma, as políticas destinadas às mulheres não excluem o mérito das políticas destinadas aos pobres ou aos deficientes ou aos negros. Os pobres são vítimas da indiferença do Estado, mas não do reconhecimento da situação de desvantagem por outro grupo social. A tentativa de opor “brancos pobres” e negros revela apenas mais um capítulo triste do racismo em nosso país.

Como assevera Carmem Lúcia Antunes da Rocha:

³³³ Decisão de suspensão de liminar. Agravo de Instrumento 2005.04.01.006358-2.

³³⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: Revista Trimestral de Direito Público, n 15, 1996. p. 88.

“A ação afirmativa traduz também o verdadeiro primado do interesse histórico e integral da sociedade sobre o interesse momentâneo e singular do indivíduo. Sem se deixar o direito desse ao desabrigo – tanto que apenas um percentual é fixado para a definição das minorias, deixando-se ao talento pessoal as disputas gerais dos cargos, empregos e oportunidades para a obtenção das condições necessárias para cada qual segundo a sua vocação à competição e coordenação de todos-, a ação afirmativa reconstrói o tecido social introduzindo propostas novas à convivência política, nas quais se descobrem novos caminhos para se igualar, na verdade do direito e não apenas na palavra da lei, o que o preconceito de ontem desigualou sem causa humana digna.”³³⁵

Em síntese, na proposta de programas de ação afirmativa para negros no acesso ao Ensino Superior não há inconstitucionalidade por lesão ao Princípio da Isonomia³³⁶ porque:

Em primeiro lugar, a diferença entre negros (afro descendentes, pretos e pardos) e outros grupos raciais não está na raça, mas, tão somente, na discriminação social sofrida por indivíduos que possuem aparência negra.

Em segundo lugar, o critério de diferenciação não é a raça como uma essência, mas a raça como um fator que indica o pertencimento a uma comunidade de excluídos.

Em terceiro lugar, a finalidade da diferenciação não é valorizar a raça como valor de hierarquização social, mas compensar a discriminação sofrida pelos racialmente identificáveis e evitar os efeitos negativos dessa identificação em relação a todos os grupos sociais.

³³⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: Revista Trimestral de Direito Público, n 15, 1996, p. 99.

³³⁶ A igualdade formal não perde sua força vinculante pois: “O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.” (MI 58, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-1990, Plenário, DJ de 19-4-1991.)

Em quarto lugar, elas são compatíveis com os valores constitucionais que pregam o combate ao racismo e rejeitam as desigualdades dele advindas, buscam promover o combate às causas da desigualdade social, reconhecem o caráter multirracial da sociedade brasileira e a trajetória concreta de exclusão de determinados grupos, defendendo a diversidade e a fraternidade como elementos estruturantes.

9 O Pluralismo e a Memória Constitucional do Ponto de Vista Normativo

A Constituição reconhece nossa história, sobretudo, os efeitos da escravidão e do colonialismo. Não é alheia ao reconhecimento da escravidão como um problema que atravessa a história e vem provocar efeitos no presente. O art. 215, afirma que o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, reconhecendo a existência de “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras”, de “grupos participantes do processo civilizatório nacional”, de “diferentes segmentos étnicos nacionais”. Já o art. 216 dispõe que “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, determinado que em seu parágrafo quinto que “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”

Tais artigos demonstram que o país foi construído com base numa diversidade histórica inexistente no contexto europeu e que tal diversidade não apenas é mera ilusão, mas realidade social e normativa. O exame de nossa realidade demonstra, infelizmente, que tal diversidade tem sido demarcada pela exclusão e convertida em desigualdade. A diversidade não pode ser criada artificialmente pela lei, mas a desigualdade pode ser atacada pelo Estado e por meio de instrumentos jurídicos.³³⁷

³³⁷ Como alerta o Ministro Nelson JOBIM: “O que precisamos saber é o seguinte: existe ou não existe desigualdade socialmente considerada. Abram os dados existe. Ponto. Como trata-las? Questão Política. Devemos tratá-las ou não? Resposta: Sim. Devemos enfrentar o tema.” JOBIM, Nelson. A Inserção do Afro-descendente na Sociedade Brasileira. Palestra com o Ministro Nelson Jobim, Presidente do STF realizada na Câmara Municipal de São Paulo em 20 de Agosto de 2004. Núcleo Técnico de Registro, 712.

De fato, foi na ordem constitucional da cultura, e em artigos esparsos que lhe fazem referência, além do título dedicado aos indígenas, que a pluralidade das formas de vida alcançou maior densidade constitucional. Aqui se revela o caráter de tensão entre o pluralismo como expressão de grupos e o pluralismo como valor da sociedade.³³⁸

O Estado para garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional necessita proteger manifestações culturais de grupos específicos, enunciados conforme uma história de exclusão (populares, indígenas e afro-brasileiras), ao mesmo tempo, o dispositivo permite identificar outros grupos a partir de um modelo de interação definido como processo (processo civilizatório nacional). O Estado estabelece marcos simbólicos para diferentes segmentos étnicos nacionais, valoriza a identidade étnico regional, mas também propugna pela defesa e valorização de um patrimônio cultural definido como brasileiro. Observe-se que o patrimônio brasileiro não é definido com a busca de uma identidade da brasilidade, ao contrário, na definição do art. 216:

"Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico."

³³⁸ Dispõe o artigo 215 que:

"O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e, das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 48 - DOU 11/08/2005)

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV - democratização do acesso aos bens de cultura;

V - valorização da diversidade étnica e regional."

Infere-se da leitura dos referidos dispositivos que o agir do Estado não se situa no plano de um modelo simples, individualista ou binário. Ele não trata apenas da pluralidade como expressão ou como acesso a formas de uma cultura oficial, mas ao pluralismo das instituições integrantes da promoção da cultura, ao instituir como patrimônio cultural um conjunto que não pode ser subsumido nas matrizes culturais dominantes. Nega, ao mesmo tempo, que a valorização da diversidade esteja em oposição ao acesso de cada e de todos a um patrimônio que intenta se constituir como expressão da pluralidade e integrado por diversidades excluídas. Desse modo, a ordem constitucional da cultura foi capaz de integrar conceitualmente a complexidade e a especificidade das diferenças.

Duas expressões, nesse contexto, representam profundo grau de inovação: “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e, das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” e “a valorização da diversidade étnica e regional”. A primeira, “processos civilizatórios” tem sua inserção à influência do pensamento de Darcy Ribeiro. A categoria foi construída pelo autor a partir de uma tentativa de descrever as formas de transformação das sociedades humanas, quer a partir de seus elementos constitutivos quer a partir do impacto de forças exógenas, ou seja, o desenvolvimento das sociedades por si mesmas e das sociedades em relação a outras sociedades.³³⁹

Segundo o autor, em relação ao primeiro aspectos, as sociedades humanas, apesar de terem variado em muito nos últimos dez milênios em seus conteúdos culturais, não têm se modificado arbitrariamente, pois as mudanças se enquadram em três ordens de imperativos (tecnológico, social e ideológico) que definem o conteúdo primário de uma associação humana:

“Primeiro, o caráter acumulativo do progresso tecnológico que se desenvolve desde formas mais elementares a formas mais complexas, de acordo com seqüência irreversível.

Segundo, as relações recíprocas entre equipamento tecnológico empregado por uma sociedade em sua atuação sobre a natureza para produzir bens e a magnitude de sua população, a forma de organização das relações internas entre seus membros bem como das suas relações com outras sociedade.

³³⁹ RIBEIRO, Darcy. O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização; etapas da evolução sócio-cultural. Petrópolis: Vozes, 1987.

Terceiro, a interação entre esses esforços de controle da natureza e de ordenação das relações humanas e a cultura, entendida como o patrimônio simbólico dos modos padronizados de pensar e de saber que se manifestam, materialmente nos artefatos e bens: expressamente, através da conduta social e, ideologicamente, pela comunicação simbólica e pela formulação da experiência social em corpos de saber, de crenças e de valores."³⁴⁰

Por sua vez, em uma associação humana, o autor identifica três ordens de fenômenos que correspondem, por seus graus de organização interna, a três sistemas adaptativo, o sistema associativo e o sistema ideológico.³⁴¹ Numa sociedade considerada historicamente esses três sistemas, em seu caráter de corpos simbólicos de pautas socialmente transmitidas de geração a geração, formam sua cultura.³⁴²

Em relação ao segundo aspecto, as relações entre sociedades, Darcy Ribeiro propõe três conceitos explicativos que contribuem para compreensão da relação dinâmica entre os grupos humanos na implantação do capitalismo. Segundo o autor,

"Por aceleração evolutiva, designamos os processos de desenvolvimento de sociedades que renovam autonomamente seu sistema produtivo e reforma suas instituições sociais no sentido da transição de um a outro modelo de formação cultural, como povos que existem para si mesmos. Por atraso histórico, entendemos o estado de sociedades cujo sistema adaptativo se numa tecnologia de mais baixo

³⁴⁰ RIBEIRO, Darcy. O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização; etapas da evolução sócio-cultural. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 37.

³⁴¹ "O sistema adaptativo compreende o conjunto integrado de modos culturais de ação sobre a natureza, necessários à produção e a reprodução das condições materiais de existência de uma sociedade.

O sistema associativo compreende, fundamentalmente, os modos standardizados de regulamentação das relações entre as pessoas para o efeito de atuarem conjugadamente no esforço produtivo e na reprodução biológica do grupo. Como decorrência do desenvolvimento das formas de conduta adaptativa e associativa surgem, em certas etapas da evolução sócio-cultural, tendências à institucionalização de outras formas de vida social, além da família e das formas elementares de divisão do trabalho. Entre outras destacam-se a forma da propriedade, a estratificação da sociedade em camadas diferenciadas por seu papel no processo produtivo e a ordenação do convívio social através de instituições reguladoras de caráter político, religioso, educacional, etc. A terceira ordem de elementos que compõe uma formação sócio-cultural corresponde ao seu sistema ideológico. Compreende, além das técnicas produtivas e das normas sociais em seu caráter de saber abstrato, todas as formas de comunicação simbólica como a linguagem, as formulações explícitas de conhecimentos com respeito à natureza e à sociedade, os corpos de crenças e as ordens de valores, bem como as explanações ideológicas, em cujos termos os povos explicam e justificam seu modo de vida e de conduta." RIBEIRO, Darcy. O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização; etapas da evolução sócio-cultural. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 43.

³⁴² RIBEIRO, Darcy. O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização; etapas da evolução sócio-cultural. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 43.

grau de eficácia produtiva do que o alcançado por sociedades contemporâneas. Por atualização ou incorporação histórica, designamos os procedimentos pelos quais esses povos atrasados na história são engajados compulsoriamente em sistemas mais evoluídos tecnologicamente. com perda de sua autonomia ou mesmo com a destruição de sua identidade étnica." ³⁴³

As categorias de Darcy Ribeiro tinham um alvo direto, a concepção evolucionista que identificou a sobrevivência a longo prazo de padrões culturais ou morais como representativos da maior evolução qualitativa. Era uma resposta, a partir de uma perspectiva relativista, ao fracasso, em termos de sobrevivência, das culturas dos povos conquistados. Foram as distinções tecnológicas, inclusive repressivas, como as técnicas bélicas, que teriam garantido a supremacia de determinadas civilizações, independentemente de qualquer noção de capacidade "evolutiva". Em outras palavras, era uma insurgência contra a naturalização da supressão das diferenças presentes no conceito de civilização.

Ao se considerar as palavras de Darcy Ribeiro, se pode sugerir que o domínio dos europeus e de seu direito não resultou da sua maior evolução valorativa, mas do grau de desenvolvimento tecnológico que lhes davam sustentação. De igual modo, sequer o grau de desenvolvimento tecnológico corresponderia a uma superioridade tecnológica, pois as atuais crises ecológicas e de convivência demonstrariam como a capacidade de uma técnica para ser imposta está muito distante da comprovação de sua eficácia a longo prazo. ³⁴⁴ O padrão de "atualização histórica" foi o que conformou a complexidade presente das sociedades latino-americanas. Aqui o Estado representou um elemento exógeno, desconectado de um processo de desenvolvimento próprio da sociedade existente e de seus elementos culturais. Foi, numa síntese apertada, uma máquina de domínio, mais do que um espaço de mediação de opções valorativas divergentes oferecidas ao indivíduo.

O redimensionamento das civilizações na América Latina foi acompanhado pela exploração (econômica, estética, política, tecnológica etc) e pela resistência de vastos conjuntos populacionais que intentam oferecer resposta a sua nova condição

³⁴³ RIBEIRO, Darcy. O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização; etapas da evolução sócio-cultural. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 56.

³⁴⁴ Provavelmente, o maior desafio das civilizações seja perceber que a técnica não pode existir fora de um sistema de valores, sob o risco de provocar o perecimento do próprio desenvolvimento tecnológico como bem demonstra o debate que se travou sobre o uso de tecnológicas extremas como a da energia nuclear.

de expatriados. Expatriados em seu próprio território, expatriados forçados pela escravidão e expatriados pelas crises econômicas européias. O conflito de valores tem razão de ser não apenas como fruto do individualismo ou da presença de grupos religiosos dentro de uma mesma matriz cultural, mas como produto dos conflitos entre grupos sociais partilhando diferentes padrões culturais e entre interesses locais e internacionais.³⁴⁵

Em sociedades que atravessaram processos de "incorporação histórica" as técnicas utilizadas pelos europeus não possibilitavam a satisfação das necessidades de sobrevivência e desenvolvimento local, os padrões de organização social conflitavam com aqueles existentes na Europa e o substrato ideológico não conseguia forjar uma unidade no sistema de valores capaz de neutralizar os conflitos com os padrões culturais originários ou nascidos da resistência ao processo de incorporação. Se os europeus, com o domínio das técnicas bélicas foram capazes de garantir a expropriação dos conhecimentos técnicos tradicionais para a adaptação aos novos "locais" de expansão, produzindo novos conjuntos tecnológicos, as novas configurações estavam vinculadas a satisfação das necessidades de expansão dos centros do capitalismo. Por sua vez, as formas de organização social vinculavam-se a empresa capitalista de tal modo que o espaço social foi, desde o início, definido como espaço do domínio privado e do mando de um grupo vinculado ao domínio do Estado.³⁴⁶

A idéia de um espaço geográfico e humano disponível permitia também reduzir a necessidade evidente de formas de organização social complexas, caso a violência direta (domínio das técnicas bélicas) deixasse de ser o centro de unificação dessas sociedades. Por fim, a diversidade cultural era mais do que a mera constatação de que sob o substrato da unificação empreendida pelo Estado vicejava formas históricas e plurais de identificação.

A "incorporação histórica" representou, em primeiro lugar um "trauma originário". Nenhum sistema de valores restou imune a ação colonial. Menos pelo

³⁴⁵ Uma parte significativa das contradições entre normas e comportamentos deve-se ao caráter imposto, por organismos internacionais, das normas que devem ser seguidas e outra parte, também significativa, pelo caráter desigual da estrutura social criada na origem de nosso processo civilizatório que rechaça a participação política e cultural de vastos contingentes humanos.

³⁴⁶ Sobre o patrimonialismo, veja-se: FAORO, Raymundo. Os donos do poder, v.1. Rio de Janeiro: Globo, 1989. FAORO, Raymundo. Existe um Pensamento Político Brasileiro? São Paulo: Ática, 1994.

contágio e mais pela destruição de seus referentes materiais, tais sistemas foram extintos, reagrupados, reorganizados em arranjos instáveis e novos, dadas as condições materiais de transculturação. De igual modo, a empresa colonial representou uma novidade e um desafio para as matrizes culturais particularistas e locais dos colonizadores europeus.

Enfim, a ausência da homogeneidade cultural, decorrente da própria natureza contraditória das novas tarefas do processo de conquista, ou a presença da pluralidade de resistências culturais ao padrão europeu (ou sua auto-imagem) impuseram às elites intelectuais locais a necessidade de neutralização dos conflitos que lhe eram subjacentes. A ausência de sistemas disciplinadores eficazes da cultura (sistema educacional universal, por exemplo) e a grandiosidade da ocupação geográfica e do desenraizamento humano no colonialismo fez da cultura o foco central da resistência. Daí a razão pela qual a versão anti-republicana, substancialista, deveria afirmar a um só tempo a superioridade européia e minizar o caráter contraditório e latente dos processos culturais.

De igual modo, como se verá adiante, a ocupação desses espaços de relativa autonomia será uma preocupação central das ideologias nacionalistas. O nacionalismo latino-americano, às vezes, aparece como um espaço vazio de significado, muito embora seja uma representação que não pode subsistir sem enunciar contradições evidentes. Assim, por exemplo, exalta o indígena como um elemento que estaria num momento primordial, pré-social ou pré-republicano, e naturaliza a violência contra os remanescentes dos povos indígenas. Exalta o caráter indígena das práticas culturais populares, mas exclui a cultura indígena dos padrões presentes e futuros de desenvolvimento. De um lado, reproduz um mito sacrificial dos povos originários, capaz de contemplar as práticas culturais de resistência, mas, de outro, impõe formas de tutela estatal que facilmente são convertidas em mecanismos de controle da cidadania desses povos. Enfim, aqui os mecanismos de dominação discursiva necessitam, mais do que em qualquer outro contexto, incluir pela exclusão ou excluir, incluindo.

Outro elemento importante do texto constitucional é a expressão "formas de vida". A idéia de preservar pressupõe a de conhecer. É importante lembrar que a ordem constitucional da cultura convive com o princípio, supostamente de origem liberal, da liberdade de expressão. Há a possibilidade de expressão dentro de um

modelo concebido como espaço público de debate, e o direito a expressão em termos de lugares de referência, os modos de fazer, de viver etc. Uma leitura conservadora dessa dinâmica tenderá a reconstruir uma memória estática do nacional, ao invés de considerá-la como uma memória viva das resistências populares e da dinâmica própria de uma Constituição Cidadã. Para a leitura estática, o lugar da memória são os repositórios estatais criados para registro das façanhas do Império Português, guardados “literalmente” na Torre do Tombo. Ao contrário, para uma leitura procedimental, vinculada a construção de um espaço público em sociedades periféricas marcadas por aqueles traumas originários, é a ampliação da memória constitucional das lutas sociais pela consolidação de direitos de grupos excluídos das esferas de poder.

Nesse sentido, o capítulo destinado aos índios insere-se de modo mais destacado num processo de reconhecimento de direitos negados do que na mera ação de demarcação de um lugar para os indígenas na memória nacional. A demarcação de terras indígenas coloca em questão um longo processo de reatualização de lutas contra o movimento de incorporação histórica. Situa as populações indígenas entre grupos excluídos em relação às suas tradições e negados como sujeitos de direitos concedidos aos cidadãos porque partilharam formas distintas de vida social. Ao mesmo tempo, propõe a possibilidade de reencontro dos processos civilizatórios inicialmente negados, em termos de uma democracia procedimental, em que o sistema jurídico adquire extrema relevância.

Daí a razão pela qual os direitos e interesses indígenas (direito coletivo e comunitário), concernente “à comunidade toda e a cada índio em particular como membro dela”³⁴⁷, encontra diferentes formas de legitimação em juízo (os próprios índios, suas comunidades, organizações antropológicas e pró-índios e ao Ministério Público). O direito originário inscreve-se numa memória de lutas por permanência e ocupação de terras, como forma de resistir, a partir das suas tradições ao processo de incorporação histórica. É a forma de ocupação a partir de vínculos culturais que faz da tradição um elemento do reconhecimento desse direito. Não se trata da tradição morta, mas da sobrevivência da tradição na luta por direitos e no plano de um processo de incorporação histórica. De fato, conjugados os artigos sobre a ordem constitucional da cultura e do capítulo referentes aos índios, pode-se

³⁴⁷ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 822.

interpretar a integração na sociedade brasileira dos grupos que formam os diferentes processos civilizatórios como expressão dinâmica da cidadania vinculada a um passado, mas não limitado em seu devir.

Em outras palavras, a garantia de direitos aos indígenas expressa também a possibilidade de considerar os elementos culturais indígenas como integrantes vivos de nosso processo civilizatório na medida em que passam a receber a proteção, e, sobretudo, porque tal proteção conduz a legitimação de novos sujeitos de direitos.

Nos casos acima, percebe-se que o texto estabelece uma nova dinâmica do pluralismo que somente pode ser apreendida quando se observa as inúmeras referências ao tempo (tradição e memória). Busca-se vincular o texto a uma historicidade nacional, mas problematizada. Intenta-se relatar experiências, porém elas estão vinculadas a formas plurais ou fragmentadas de auto-compreensão. No lugar do tempo que evolui e conduz as tradições e as memórias a um destino único, tradições e memórias que vivem num processo em que o retorno a uma experiência passada não mais é permitida, mas indispensável para a vida em sociedade, negando-se, em definitivo, a lógica colonial de oposição entre duas alternativas, exclusão ou integração, para que se possa construir uma terceira, cidadania, com reconhecimento. Aqui a limitação de impossibilidade de retorno ao passado e de sobrevida desse mesmo passado são condição de possibilidade de um patrimônio cultural e de memórias sempre disponível e disposto de forma incompleta. Da dinâmica entre passado reconhecido e seus sentidos no presente decorre a possibilidade de interpretação do pluralismo como elemento vivo da sociedade que se pretende “fraterna” e “sem preconceitos”, pois tal Estado e tal sociedade não podem pretender o esquecimento das diferentes narrativas sobre sua formação. Ao contrário, a erupção dessas narrativas torna-se elemento essencial de uma cultura democrática que somente pode ser reconstruída com o debate público e a diversidade institucional.

Neste contexto, o caso das populações afro-brasileiras, negras, não é menos exemplar. Embora em termos de técnica de redação, por estar incluído num título específico, o caso dos indígenas pareça erroneamente possuir maior significação jurídica, ele serve de modelo para que se possa refletir sobre a complexidade de demandas que o recurso às novas memórias constitucionais trouxeram.

Em relação aos negros, a imprescritibilidade do racismo - para além de ser uma pauta constitucional criminalizadora de determinados comportamentos e apesar de ter recebido críticas, ou do caráter dinâmico que o conceito de racismo adquire diante de outros grupos como os judeus – vincula-se diretamente a memória constitucional. O fato que não tem prescrição não é apenas o que pode ser punido a qualquer tempo, em qualquer futuro, mas também o que não pode ser esquecido. Imprescritível é uma memória social que reatualiza as experiências do passado para fazer reconhecer que se tem um compromisso inevitável contra a discriminação racial. Logo, somente justificável diante da gravidade e do impacto social negativo que, por repercussão, tais ações podem provocar.

A imprescritibilidade induz a compreensão da intencionalidade de ativar formas estatais de preservação de grupos sociais ameaçados em sua história e, ao criminalizar, de intervenção nas experiências humanas. Algo que se pretenda ver imprescritível é algo que pode nos fatos sobreviver, como espaço de intervenção simbólica, à atividade humana cotidiana, inclusive do legislador comum na prática política ordinária.³⁴⁸

Além do tema da criminalização do racismo, o constituinte ao fazer referências às populações negras produziu inovações que dão à Constituição brasileira uma identidade específica.

Em primeiro lugar, está o parágrafo primeiro do art. 215: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.” A Constituição de 1988 revoluciona neste parágrafo a forma como o constitucionalismo nacional considerou as populações negras (afro-brasileiras). A possibilidade de nomeação sempre foi negado por um constitucionalismo que, marcado pelo racismo, gostaria de ver apagado de nossa história a presença negra. O apagamento se dava com duas alternativas, a eliminação física ou a eliminação simbólica. Agora, não apenas ela está nominada, mas, sobretudo, é reconhecida como titular de direitos, e

³⁴⁸ Isso não significa negar que também pode representar uma forma de absolvição coletiva através da culpabilização individual extrema de uma culpa que se sente como própria e coletiva, um mecanismo, ao mesmo tempo ideológico de ocultação das responsabilidades na história, e psicanalítico de projeção da culpa. Sobre o caráter ideológico das práticas criminalizadoras. Veja-se: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica. Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997; THOMPSON, Augusto. *Quem São os Criminosos?* Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

integrante de um “processo civilizatório nacional”. A civilização era, em na memória oficial, definida como uma capacidade e qualidade dos grupos europeus, restando aos demais o papel de objetos da ação civilizadora. A Constituição confere dignidade não apenas a presença negra, mas ao seu papel na construção de nosso devir. Não se trata mais de afirmar que os negros contribuíram, no passado, com seu trabalho ou sua cultura, mas de reconhecer no presente, a participação dos negros no processo de construção da sociedade brasileira.

Em segundo lugar, está o art. 68, ao dispor que: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.” Ele está vinculado a outro dispositivo constante no art. 216, em seu parágrafo quinto: “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.”

Sem adentrar no amplo debate sobre o conceito de quilombo, acima referido, e sobre a titularidade do poder de sua definição, não resta dúvida que a palavra quilombo refere-se a imagem de uma resistência negra, quer como símbolo da liberdade quer como luta pela terra, e neste caso, pela sobrevivência material na redefinição de um espaço físico por meio de tradições. Os Quilombos sempre foram negados, inclusive pela historiografia que incorporou o negro à imagem do nacional, porque eles representavam ao mesmo tempo continuidade e permanência de uma referência, no presente, e projeção, no futuro, de uma identificação com grupos negros.

O tombamento inscrito no art. 216, parágrafo quinto, é o único caso de tombamento determinado pela Constituição explicitamente. O tombamento usualmente é dependente do valor para o patrimônio cultural do bem a ser tombado que é aferido mediante estudos prévios.³⁴⁹ Não é o caso da norma do artigo referido. O valor para o patrimônio cultural brasileiro foi dado pelo constituinte originário. O tombamento constitucional é demonstração de urgência, na medida em que não se pode esperar a valoração ou não dos quilombos pelas instituições, e imperatividade, na medida em que subtrai dos órgãos administrativos e legislativos, a possibilidade

³⁴⁹ Sobre o processo de tombamento, veja-se: SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998; SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2005.

de um juízo sobre a importância dos quilombos na formação do patrimônio cultural brasileiro.

De forma concreta, não é o Duque de Caxias que é lembrada em termos normativos constitucionais, mas o Quilombo de Manoel do Congo contra o qual o comandante Luís Alves de Lima e Silva empreendeu violenta repressão em 1839.³⁵⁰ Isso nada significa em termos normativos para a interpretação constitucional? O dispositivo insere-se no âmbito de uma ação reparatória do Estado brasileiro e ao mesmo tempo de integração à história das resistências negras. Ao mesmo tempo, ao ter alçado a proteção dos quilombos à regra constitucional a Constituição de 1988 inscreve a história das resistências negras dos quilombolas à memória constitucional, vale dizer, como se verá adiante, a luta quilombola é um elemento da compreensão da história dada pela interpretação jurídica. A história da escravidão, do ponto de vista constitucional, não é a história de uma lenta acomodação dos negros a uma condição de subalternidade ou da formação de uma nova raça mística, mas uma história que deve considerar as lutas por liberdade e igualdade negadas pela história oficial

Por sua vez, no caso da garantia da propriedade definitiva, é de se observar que o reconhecimento das terras quilombolas se faz a comunidades, vale dizer, o fundamento é a concepção dos quilombolas como sujeitos coletivos. Não bastasse isso, o dispositivo, situa-se entre outros tantos no ato das disposições constitucionais transitórias que representam uma espécie de acerto de contas com as práticas autoritárias de momentos da nossa trajetória política. Assume, neste contexto, o caráter de indenização, de reparação histórica. De fato, a possibilidade de reparar atos da história pretérita não apenas não é desconhecida pela Constituição de 1988, como, de fato, é extensamente utilizada. A reparação constitucional está diretamente vinculada com a enunciação explícita de novos sujeitos, mas extrapola, como se disse, a possibilidade histórica de percepção do Constituinte originário. Por ora, convém apenas demarcar que tais dispositivos impõem um modo de vincular o intérprete ao confronto com determinadas tradições e memórias, reinterpretando uma história constitucional brasileira.

³⁵⁰ GRINBERG, Keila; BORGES, Magno Fonseca; SALLES, Ricardo. *Rebeliões Escravas Antes da Extinção do Tráfico*. In: GRINBERG, Keila (org); SALLES, Ricardo (orgs.). *O Brasil Imperial*. Vol. I (1808-1831). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 255-256.

Em terceiro lugar, no capítulo dedicado ao desporto, a Constituição trata do fomento por parte do Estado das práticas desportivas “formais” e “não-formais” como direito de cada um (art. 217), ao mesmo tempo, em alguns de seus parágrafos relaciona esse fomento com a educação e a promoção social. De modo mais específico, afirma que o fomento compreende (inciso IV) “a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional”. Trata-se de um direito social que exige o reconhecimento de fazer coletivo. O acesso de qualquer indivíduo ao desporto exige que se reconheça a importância de formas desportivas que são criadas por determinados grupos sociais. Aqui, ainda que não de forma explícita, a Constituição rompe uma trajetória estatal de repressão às manifestações de criação nacional, especificamente a capoeira. Essa manifestação cultural, ainda no período republicano, chegou a ser objeto de criminalização e identificada com a vadiagem.³⁵¹ Como manifestação cultural e política ela foi identificada como uma criação afro-brasileira, uma presença de formas de fazer que remetem ao cotidiano de resistência dos escravos, e como prática social, até recentemente, era como um fazer de “negros”.

Em quarto lugar, “a liberdade de consciência e de crença livra-se do fantasma da ‘ordem pública’ e dos ‘bons costumes’ das constituições anteriores”.^{352 353} No enunciado do inciso VI, do artigo quinto da Constituição de 1988 e sua conjugação com a ordem constitucional da cultura, revela-se, mais uma vez, a tensão entre liberdade e igualdade. Em nossa história jurídica, embora tenha sido enunciado desde a constituição republicana, o direito à liberdade religiosa em relação às

³⁵¹ Sobre a capoeira e sua repressão, veja-se: DUARTE, Evandro C. Piza. Criminologia & Racismo. Introdução à Criminologia Brasileira. Curitiba: Juruá, 2002; FRIGERIO, Alejandro. Capoeira: da arte negra a esporte branco. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 4, n. 10, p. 85-98, jun. 1989; SOARES, Carlos Eugênio Líbano. A Capoeira Escrava e outras tradições rebeldes no Rio de Janeiro (1808-1850). Campinas: Unicamp, 2002.

³⁵² SILVA, Jorge da. Direitos Cívicos e Relações Raciais no Brasil. Rio de Janeiro: Luam, 1994, p. 132.

³⁵³ Sobre as religiões de matriz africana e sua repressão, veja-se: AGÜR, Michel. Cantos e toques: etnografias do espaço negro na Bahia. Caderno CRH, Salvador, 1991. Suplemento: Introdução. p. 5-13; AUGRAS, Monique. A ordem na desordem: a regulamentação do desfile das escolas de samba e a exigência de “motivos nacionais”. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 8, n. 21, p. 90-103, fev. 1993; CARNEIRO, Edson de Souza. Os Cultos de origem africana no Brasil. In: CARNEIRO, Edson de Souza. Candomblés da Bahia. 3. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961; CARNEIRO, Sueli, CURY, Cristiane Abdon. O candomblé. In: Terceiro Congresso de Cultura Negra das Américas, São Paulo, 1982. p. 176-191; LEITE, Fábio. R.R. A questão da palavra em sociedades negro-africanas.. In: Seminário Nacional Democracia e Diversidade Humana – desafio contemporâneo. Sociedade de Estudos da Cultura Negra no Brasil (SECNEB), [s.l.], mar. 1992, 12 p., Mimeo; MATTOS, Wilson Roberoto de. Práticas culturais / religiosas negras em São Paulo. Dissertação de Mestrado História. PUC/SP, 1994; RODRIGUES, Ana Maria. Samba negro, espoliação branca. São Paulo: HUCITEC, 1984.

religiões de matriz africana encontrou pouca efetividade, pois o racismo cultural representava tais práticas como inferiores enquanto o racismo institucional garantia a sua repressão. Agora, finalmente, elas foram objeto de reconhecimento constitucional no art. 215 (“manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras”, “diferentes segmentos étnicos nacionais”) e no art. 216 (“valorização da diversidade étnica e regional” e “diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”).

O paradoxo aparente é que a liberdade religiosa para as religiões de matrizes africanas e indígenas somente encontra possibilidade de realização plena na medida em que a Constituição lhes atribui um valor positivo específico. Se o pluralismo religioso é garantido pela enunciação de um direito tipicamente liberal que impede à filiação compulsória e enuncia um limite das liberdades particulares e obstáculo à ação estatal, porém, no caso de práticas culturais longamente reprimidas no curso de nossa história, a inação do Estado representa a permanência dos efeitos de práticas e discursos excludentes. Nem por isso a noção de valorização escapa à proibição de religiões oficiais ou de ingerência estatal no campo da formação religiosa. Significa valorizar as escolhas que são feitas a partir da liberdade e da referência à ação e à memória de determinados grupos sociais. Em síntese, o enunciado liberal é necessário, mas afigura-se como ineficaz se excluído das referências à história constitucional que o próprio texto passa a valorizar. Assim, por exemplo, a existência de dispositivo que propusesse a valorização das tradições cristãs do povo, salvo no caso das “culturas populares”, se afiguraria como contrária ao pluralismo, pois elas fazem parte do substrato comum de quatrocentos anos de violência simbólica estatal, bem como de um patrimônio cultural compartilhado pela maioria absoluta dos brasileiros.

Em quinto lugar, o art. 242, em seu parágrafo primeiro, dispõe que: “O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.” Esse dispositivo regula uma forma diferente de acesso à educação, o de participação na construção do conteúdo da educação formal por parte de grupos pertencentes a “diferentes culturas e etnias que contribuíram para formar o povo brasileiro”.

O dispositivo surpreende, pois, como é tratado no próximo capítulo, o monopólio das instituições produtoras da história sempre refletiram a forma como

Estado Nacional alcançou o monopólio da nação. Esse monopólio é quebrado em nome do pluralismo que emerge de narrativas distintas da oficial. A regra tem como destinatário não apenas Estado, mas todos os integrantes do sistema educacional, que, ao implementá-la, devem considerar a necessidade de mecanismos que possam romper com os paradigmas estrangeiros e nacionalistas sobre a história brasileira. Ela indica uma ruptura epistemológica que, por sua vez, é, essencialmente, uma ruptura de práticas institucionais (tais como, seleção, treinamento de pessoal, novas linhas de financiamento de pesquisas). A referência a uma história plural para se falar do povo brasileiro somente pode emergir de um espaço em que a ausência de pluralidade não seja uma constante. A homogeneidade institucional e, entre elas a segregação racial, intencional ou não, dos níveis superiores de formação do conhecimento é um problema a ser resolvido.

As expressões Brasil e povo brasileiro sugerem que não se deve interpretar o dispositivo de modo a conceber que as contribuições das diferentes culturas e etnias, não constantes nas narrativas oficiais, são exemplos de uma particularidade, de uma história secundária, cuja construção seria tarefa específica de determinados grupos, ou até mesmo de uma atividade voluntarista dentro das instituições de ensino e pesquisa. Ao contrário, é a história do povo e do Brasil, plural, dependendo a sua efetivação do reconhecimento da desigualdade produzida pela negação de determinadas narrativas.³⁵⁴

Entretanto, a pluralidade necessita de um espaço mínimo de institucionalização. Histórias das diferentes culturas e etnias somente têm razão de ser quando se reconhece um duplo espaço do pluralismo: aquele que constitui o povo e aquele que é negado na homogeneidade da história produzida nas instituições. O pluralismo corresponde a um duplo movimento. Isso ocorre porque histórias dominantes concebidas como universais são narrativas universalizantes de particularismos dominantes, ou seja, a história dominante é a história de grupos que alcançaram poder institucional suficiente para construir sua narrativa. Logo, o pluralismo corresponde a um modelo estrutural para a narrativa, mas, sobretudo, o reconhecimento da existência de narrativas que foram deslocadas para o silêncio ou para a imagem do particularismo e que devem ser reinseridas do ponto de vista institucional.

³⁵⁴ Sobre ensino e diversidade étnico racial, veja-se: CARVALHO, José Jorge. Inclusão Étnica Racial no Brasil. São Paulo: Attar, 2006.

De outra parte, o dispositivo sugere um espaço para pensar a história como elemento da retórica interpretativa na nova ordem constitucional. De fato, se juristas necessitam recorrer à história, não podem fazê-lo valendo-se de modelos que desconsideram, contrariamente a dispositivos constitucionais, a pluralidade da história. O dispositivo não é uma ruptura epistemológica apenas para professores do ensino da história, mas, ao se considerar também a ordem constitucional da cultura, uma ruptura epistemológica com o uso da história oficial como ponto de partida para a interpretação jurídica. A história do povo brasileiro é a história de um povo que demorou cem anos de República para, num momento de profunda participação democrática, reconhecer aos índios o direito de uso sobre as terras ou aos negros o direito de contar com uma memória da escravidão, das resistências dos quilombos, da luta pela expressão religiosa e das práticas culturais.

Enfim, o pluralismo como princípio na Constituição não se situa fora de uma referência ao contexto plural onde ela foi elaborada, indica uma concepção pluralista que, ao ser seletiva, reconstrói uma memória constitucional da igualdade e da liberdade negadas, estabelecendo um âmbito mínimo de normatividade capaz de acoplar o texto às demandas políticas que não eram satisfeitas no âmbito dos mecanismos conhecidos das descrições de funcionamento da política, tais como os partidos políticos ou os sindicatos, e abrindo espaço para uma política de reconhecimento.

10 Os Tratados de Direitos Humanos: Autorização Normativa para Implementação de Medidas Promocionais e o Direito à Igualdade Racial como Direito Coletivo

Os Direitos Humanos, conforme Norberto Bobbio, passaram por um processo de positivação, generalização, internacionalização e especificação³⁵⁵, o que significou em termos práticos alargamento da titularidade³⁵⁶, a apreensão dos seus titulares em suas relações sociais concretas e o aumento de sua eficácia.

³⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 67-69. Veja-se também: LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*. Constituição, Racismo e Relações Internacionais. Barueri: Manole, 2005. p. 36-39.

³⁵⁶ Conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) "2. Não será tampouco feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo

Em relação a este último aspecto, a dinâmica entre ordem jurídica interna e o referencial dos direitos humanos tornou-se ainda mais determinante na realização dos direitos fundamentais após uma longa evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente os tratados e convenções de direitos humanos eram equiparados hierarquicamente às leis ordinárias,³⁵⁷ porém, a partir da Emenda

próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania." E, ainda como esclarece o preâmbulo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) "Que, em repetidas ocasiões, os Estados americanos reconheceram que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana". Assim, a enunciação dos direitos e garantias fundamentais insere-se no marco da constitucionalização dos direitos humanos, transbordando a sua titularidade dos limites expressos do texto para alcançar, além dos brasileiros e estrangeiros residentes, os estrangeiros, muito embora o texto não faça referência expressa. Nesse sentido: "Ao estrangeiro, residente no exterior, também é assegurado o direito de impetrar mandado de segurança, como decorre da interpretação sistemática dos arts. 153, *caput*, da Emenda Constitucional de 1969 e do 5º, LXIX, da Constituição atual. Recurso extraordinário não conhecido." (RE 215.267, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-4-2001, Primeiro Turma, DJ de 25-5-2001.) "É inquestionável o direito de súditos estrangeiros ajuizarem, em causa própria, a ação de *habeas corpus*, eis que esse remédio constitucional – por qualificar-se como verdadeira ação popular – pode ser utilizado por qualquer pessoa, independentemente da condição jurídica resultante de sua origem nacional. A petição com que impetrado o *habeas corpus* deve ser redigida em português, sob pena de não conhecimento do *writ* constitucional (CPC, art. 156, *c/c* CPP, art. 3º), eis que o conteúdo dessa peça processual deve ser acessível a todos, sendo irrelevante, para esse efeito, que o juiz da causa conheça, eventualmente, o idioma estrangeiro utilizado pelo impetrante. A imprescindibilidade do uso do idioma nacional nos atos processuais, além de corresponder a uma exigência que decorre de razões vinculadas à própria soberania nacional, constitui projeção concretizadora da norma inscrita no art. 13, *caput*, da Carta Federal, que proclama ser a língua portuguesa 'o idioma oficial da República Federativa do Brasil'. Não há como admitir o processamento da ação de *habeas corpus* se o impetrante deixa de atribuir à autoridade apontada como coatora a prática de ato concreto que evidencie a ocorrência de um específico comportamento abusivo ou revestido de ilegalidade. O exercício da clemência soberana do estado não se estende, em nosso direito positivo, aos processos de extradição, eis que o objeto da *indulgentia principis* restringe-se, exclusivamente, ao plano dos ilícitos penais sujeitos à competência jurisdicional do Estado brasileiro. O Presidente da República – que constitui, nas situações referidas no art. 89 do Estatuto do Estrangeiro, o único árbitro da conveniência e oportunidade da entrega do extraditando ao Estado requerente – não pode ser constrangido a abster-se do exercício dessa prerrogativa institucional que se acha sujeita ao domínio específico de suas funções como chefe de Estado." (HC 72.391-QQ, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 8-3-1995, Plenário, DJ de 17-3-1995.)

³⁵⁷ Nesse sentido: "Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. (...) Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento – majoritário em recente decisão do STF (ADI 1.480-MC) – que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamizadoras do seu

Constitucional n. 45 de 2004, demarcou-se um novo período, em que se lhes atribui hierarquia constitucional.³⁵⁸ Nesse sentido, atualmente, tem entendido esse Tribunal que, por exemplo:

"Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.³⁵⁹

sistema, o que não é de admitir." (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-2000, Plenário, DJ de 22-11-2002.)

"Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o art. 105, III, da Constituição, que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no art. 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado." (HC 72.131, voto do Rel. p/ o ac. Min. Moreira Alves, Plenário, julgamento em 23-11-1995, Plenário, DJ de 1º-8-2003.)

³⁵⁸ art. 5º: § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

"(...) após o advento da EC 45/2004, consoante redação dada ao § 3º do art. 5º da CF, passou-se a atribuir às convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquia constitucional (...). Desse modo, a Corte deve evoluir do entendimento então prevalecente (...) para reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção. (...) Se bem é verdade que existe uma garantia ao duplo grau de jurisdição, por força do pacto de São José, também é fato que tal garantia não é absoluta e encontra exceções na própria Carta." (AI 601.832-AgR, voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-3-2009, Segunda Turma, DJE de 3-4-2009.) Vide: RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009.

³⁵⁹ "Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do Novo CC (Lei 10.406/2002)." (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009.) No mesmo sentido: RE 349.703, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em

Assim, no processo de conferir densidade às normas de direitos humanos:

“O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.”³⁶⁰

De outra parte, incidem tanto nas relações públicas quanto privadas. “pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.”³⁶¹

3-12-2008, Plenário, *DJE* de 5-6-2009. Vide: AI 601.832-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-3-2009, Segunda Turma, *DJE* de 3-4-2009; HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, *DJE* de 6-2-2009.

³⁶⁰ “Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel. Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes. Tratados internacionais de direitos humanos: as suas relações com o direito interno brasileiro e a questão de sua posição hierárquica. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º, § 2º e § 3º). Precedentes. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? Entendimento do Relator, Min. Celso de Mello, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. (...) Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário. Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. Aplicação, ao caso, do art. 7º, n. 7, c/c o art. 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.” (HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, *DJE* de 6-2-2009.

³⁶¹ “Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas

Aliás, tais direitos e garantias fundamentais não se revestem de caráter absoluto, "porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição."³⁶² Nesse sentido, em termos práticos, como se debateu no HC 82.424/RS, a liberdade de expressão encontra-se limitada diante do XLII do artigo quinto da Constituição Federal ("a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" e das normas internacionais que determinam a criminalização dos atos de discriminação. Assim: "Escrever, editar, divulgar e comercializar livros 'fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias' contra a comunidade judaica (Lei 7.716/1989, art. 20, na redação dada pela Lei 8.081/1990) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII).³⁶³

igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais." (RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-2005, Segunda Turma, DJ de 27-10-2006.)

³⁶² "Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros." (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.)

³⁶³ HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.

Quanto ao processo de especificação, conforme demonstrou Flávia Piovesan, “os instrumentos internacionais de combate à discriminação consagram duas estratégias: a) a estratégia repressiva-punitiva (que tem por objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação); e b) a estratégia promocional (que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade)”.³⁶⁴

Nesse sentido, o artigo primeiro da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968) prescreve que:

“Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.”

E, em conformidade com seu artigo primeiro (4):

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

A política “destinada a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a encorajar a promoção de entendimento entre todas as raças” inclui medidas repressivas, pedagógicas e ainda promocionais, conforme estabelece o artigo segundo (2):

“Os Estados-partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar, como convier, o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades

³⁶⁴ Tese sustentada por PIOVESAN, Flávia. A Compatibilidade das Cotas Raciais com a Ordem Internacional e com a Constituição Brasileira. In: Audiência Pública sobre Cotas para Afrodescendentes nas Universidades ADPF 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>

fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos, em razão dos quais foram tomadas.”

Há, como se observa nos termos da convenção, evidente autorização normativa para o estabelecimento de políticas públicas específicas e, portanto, de “cotas raciais”, e, nos termos da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal autorização tem “status normativo supralegal”.³⁶⁵

Todavia, alguns destaques quanto ao conteúdo da Convenção são importantes. Em primeiro lugar, há um evidente reconhecimento de que tais medidas não se aplicam apenas aos casos onde haja políticas de “apartheid”, “segregação racial” e “separação”, mas à “discriminação racial”, “em todas as suas formas e manifestações”; que elas não se aplicam apenas aos casos onde haja doutrinas racistas, mas também aqueles em que existam “práticas racistas”; que tais medidas se destinam não apenas a “eliminar”, mas também a “prevenir e combater”.³⁶⁶ Em segundo lugar, que o direito a não discriminação é um direito individual (“todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação; a discriminação racial viola os “princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos”), mas também um direito coletivo (“proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade”). Em terceiro lugar, que o problema de sociedades multirraciais está relacionado “aos efeitos do colonialismo”, no “mundo” e não apenas em determinados lugares, e ainda, que ele está vinculado ao passado e ao presente, como no caso das relações de emprego, bem como ao futuro (“prevenir”). Em quarto lugar, que a legitimidade das medidas promocionais não está na defesa da “Supremacia Racial”, mas na garantia da dignidade e da igualdade entre indivíduos e grupos sociais;

³⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. A Compatibilidade das Cotas Raciais com a Ordem Internacional e com a Constituição Brasileira. In: Audiência Pública sobre Cotas para Afro-descendentes nas Universidades ADPF 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>

³⁶⁶ Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968): “Resolvidos a adotar todas as medidas necessárias para eliminar rapidamente a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações, e a prevenir e combater doutrinas e práticas racistas e construir uma comunidade internacional livre de todas as formas de segregação racial e discriminação racial.”

Essas quatro ressalvas afastam quatro argumentos que pretendem dar uma interpretação restritiva e equivocada dos termos da Convenção: primeiro, o de que seria necessário ter vivido sobre um regime de “segregação” para que existisse justificativa para a admissão de uma desigualdade “circunstancial” referente à raça e a conseqüente implementação de medidas promocionais; segundo, o de que o reconhecimento de direitos a determinados grupos afasta o valor da proibição genérica de não discriminação, pois o que se tem é um direito individual (de não discriminação) e coletivo (de proteção) em relação a determinados grupos em desigualdade “circunstancial”; terceiro, o de que na análise das desigualdades “circunstanciais” seria válido o pressuposto de que determinados países que viveram o colonialismo tenham restado imunes aos seus efeitos, passados e presentes; quarto, o de que medidas promocionais visam instaurar o racismo em determinadas sociedade;

11 O Julgamento do HC 82.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal e as Populações Negras: Da Definição da Raça à Apreensão do Racismo contra os Negros; A Dimensão Local/Universal da História na Definição Normativa

Embora o STF ainda não tenha abordado diretamente o tema das ações afirmativas para negros, no Habeas Corpus nº 82.424/RS um tema diretamente correlato foi tratado: o conceito de raça e de racismo. Num dos julgamentos mais importantes das últimas décadas, extensamente analisado por Celso Lafer³⁶⁷, denegou-se o habeas corpus contra decisão do STJ que havia confirmado a condenação de um escritor e editor de publicações com idéias anti-semitas. O debate travado envolveu diversos pontos, entre os quais a abrangência do direito à liberdade de expressão e o conceito do crime de racismo, e, se os judeus constituiriam uma raça, estando protegidos pela norma constitucional que determina a imprescritibilidade dos crimes de racismo. Na síntese do Ministro Maurício Corrêa:

“não sendo os judeus uma raça, mas sim um povo, revela-se impossível o cometimento de crime de racismo contra eles, não passando o caso de simples discriminação étnica ou religiosa. Essa a tese do habeas corpus levado a julgamento que inspirou várias dúvidas e o confronto de diversas correntes de pensamento.

³⁶⁷ LAFER, Celso. A Internacionalização dos Direitos Humanos. Constituição, Racismo e Relações Internacionais. Barueri: Manole, 2005.

Qual o conceito de raça humana? Existe subdivisão da raça humana? O que é racismo do ponto de vista jurídico-constitucional? Os judeus são uma raça? O povo judeu pode ser vítima de racismo? Quais os limites da liberdade de expressão do pensamento?" ³⁶⁸ Ou ainda: "o preceito constitucional de imprescritibilidade do crime de racismo destina-se apenas à discriminação em relação aos negros?" ³⁶⁹

Em resposta, dispõe o acórdão do STF:

"Relator originário: O Sr. Ministro Moreira Alves Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Presidente Paciente: Siegfried Ellwanger Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra Coator: Superior Tribunal de Justiça

Ementa: Habeas corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada.

Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7.716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.

Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o

³⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.11.

³⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.10.

extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si sós evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam em repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob o égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte norte-americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam, igualmente, sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem exercício de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias antisemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao descrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávico e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que no caso se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento", No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração

de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.

Ordem denegada.”³⁷⁰

Portanto, segundo o Ministro Maurício Corrêa: “A maioria da Corte trilhou o caminho de uma interpretação teleológica e sistêmica da Constituição a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas que regeram sua formação e aplicação, de modo a alcançar o real sentido e abrangência do preceito constitucional.”³⁷¹ No âmbito da abordagem que por hora é feita as questões que se colocam são as seguintes: De que forma tal interpretação afeta a noção raça de negra ou da categoria negro? Ela contém parâmetros capazes de determinar o grupo negro como destinatário de ações positivas específicas por parte do Estado brasileiro? Ela permite extrair parâmetros para identificar quem poderiam ser os indivíduos a quem seriam destinadas tais prestações positivas? E mais: De que modo a necessidade de recorrer a argumentos históricos e sociológicos impele, ao se interpretar as normas constitucionais sobre racismo, a abertura do discurso para uma narrativa sobre questões locais e universais?

Inicialmente cabe observar as posições defendidas pelos Ministros integrantes da Corte nessa decisão.

11.1 “A POSIÇÃO” MINORITÁRIA

11.1.1 Ministro Moreira Alves: Uma Interpretação Histórica da Intenção do Constituinte à Época da Elaboração da Constituição de 1988

³⁷⁰ Conforme consta do Extrato da Ata do Julgamento: “ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o habeas corpus. Brasília, 17 de setembro de 2003. Maurício Corrêa — Presidente e Relator para o acórdão. O Tribunal, por maioria, indeferiu o habeas corpus, vencidos os Ministros Moreira Alves, Relator, e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o Ministro Carlos Britto, que a concedia, ex officio, para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta. Redigirá o acórdão o Presidente, o Ministro Maurício Corrêa. Não votou o Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Ministro Moreira Alves que proferira voto anteriormente.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 7-9.

³⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 11.

O Ministro Moreira Alves, embora considerasse a sentença condenatória adequada, afirmou que o paciente não fora condenado por crime de racismo. A condenação nos lindes do art. 20, parágrafo 1º, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, não significaria, necessariamente, a prática desse crime. Em sua redação originária, a lei teria tipificado os crimes resultantes de preconceito de raça e cor, sendo que somente sua alteração posterior estendeu a tipificação à etnia, religião ou procedência nacional, silenciando sobre a imprescritibilidade destas condutas. Portanto, deveria se fazer a distinção entre “crimes relativos de discriminação” que abrangeria todas as condutas e “crime de racismo”³⁷², pois na Constituição de 1988, em análise dos incisos XLI e XLII do artigo 5º, “a discriminação é o gênero, sendo o racismo uma espécie agravada da discriminação.”³⁷³

Segundo o Ministro, o elemento histórico de interpretação da norma demonstraria que o Constituinte a criou para tratar do racismo contra o negro e sua inclusão dependeu da participação dos parlamentares dessa raça. Tese que seria corroborada por constitucionalistas nacionais.³⁷⁴ Em suas palavras: “no Brasil não há perseguição a judeus, nem, evidentemente, qualquer resquício de holocausto a inspirar o constituinte brasileiro para a inclusão na Constituição da imprescritibilidade do crime de racismo. Ademais, qualquer discriminação a qualquer nacional de outro país (restrição por origem nacional) ensejaria o enquadramento no crime imprescritível de racismo.” Para o Ministro somente entre os alemães se justificaria a imprescritibilidade dos crimes praticados contra os judeus devido “a atrocidade deles especialmente contra o povo judaico, o que, no Brasil, em tempo de paz ou de guerra, nunca aconteceu com relação a qualquer grupo humano, por motivo racial, dada, até, a miscigenação das raças tradicionalmente tidas como tal existentes em nosso País.”³⁷⁵ Concluindo que: “Ninguém estava discutindo se “raça” dizia respeito a grupos culturalmente diferentes, ou se era tomada em seu conceito tradicional, mas, estando em causa o negro em geral, o racismo dizia respeito à

³⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 45.

³⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.46.

³⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.14.

³⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.6.

tradicionalmente dita raça negra.”³⁷⁶. Arrematando que procurava em sua interpretação “cumprir a Constituição, sem levar em consideração aspectos emocionais que não diziam, nem dizem, respeito à nossa tradição racial.”³⁷⁷.

O referido ministro, além de não reconhecer que o conceito de racismo abrangia as práticas discriminatórias contra os judeus, distingue dentre as práticas de racismo, o preconceito de raça e de cor:

“Uma vez que a Carta Magna não conceituava o racismo, pareceu-me que se deveria restringi-lo à idéia de raça como comumente entendida — ou seja, a branca, a negra, a amarela e a vermelha —, até para não se tornar inteiramente aberto o tipo penal discriminatório a ele relativo e qualificável, com base no texto constitucional, como imprescritível. Conceito esse que leva em consideração as diferentes características físicas que podem ser transmitidas hereditariamente que não apenas a cor. E conceito que afasta a objeção de que, sendo a raça fundada apenas na cor, a Constituição, ao distinguir a raça da cor, teria adotado outro entendimento do que fosse raça. Com efeito, raça e cor se distinguem, porquanto esta se aplica, em virtude da miscigenação racial, aos pardos, mulatos, cafuzos, mamelucos, que não são raças qualquer o sentido que se dê a raça.”³⁷⁸

O Ministro Moreira Alves, malgrado reconhecesse as divergências “na conceituação de raça, especialmente quando utilizado o termo para finalidades políticas”, optou por considerar o conceito sobre o prisma de Nicola Abbagnano (Diccionario de Filosofia, trad. Galletti, pp. 977/978, Fondo de Cultura Econômica, México, 1993) que afirma:

“O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos do gênero humano. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e

³⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.47.

³⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.52.

³⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 47.

a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, lingüísticos e culturais não podem ser denominados 'raças' sob nenhum conceito e não constituem raça nem os italianos, nem os alemães, nem os ingleses, nem o foram os romanos ou os gregos, etc. Não existe nenhuma raça 'ariana' ou 'nórdica'."

E ainda de Fred E. Foldvaruy, que em seu artigo "Zionism and Race", escreveu:

"Um dicionário lhe dirá que uma 'raça' neste contexto é uma variedade de espécies humanas assinaladas por várias características físicas tais como a cor da pele, a cor e a textura do cabelo, forma e tamanho do corpo, cor dos olhos, etc. Os antropólogos dividiram os seres humanos em várias raças, tais como o caucasiano, o negróide, o mongolóide, os pigmeus africanos e os índios americanos. Raça é uma classificação genética; alguém nasce dentro de uma raça e é de uma certa raça ou de uma raça mestiça por causa de seus ancestrais. Alguém pode converter-se a uma religião, mas ninguém pode trocar de raça."³⁷⁹

Portanto, o Ministro excluiu do conceito de raça os judeus por considerar que eles não estariam incluídos em nenhuma taxionomia racial conhecida e que sua inclusão seria apenas a demonstração de um uso político incorreto do ponto de vista científico.

Ademais, toda sua argumentação está calcada na excepcionalidade da imprescritibilidade, considerada por ele como uma "aberração", tanto mais que a eles são cominadas penas mais leves que os crimes hediondos considerados graves, mas que não são abrangidos pela clausula constitucional da imprescritibilidade.³⁸⁰ Daí a obrigatoriedade de se buscar uma interpretação restritiva do termo racismo, pois, caso contrário, se transformaria o "crime de racismo como um tipo de conteúdo aberto, uma vez que os grupos humanos com características culturais próprias são inúmeros, e não apenas, além do judaico, o dos curdos, o dos bascos, o dos

³⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.91.

³⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.46.

galegos, o dos ciganos, grupos esses últimos com relação aos quais não há que se falar em holocausto para justificar a imprescritibilidade.”³⁸¹

Embora concordasse com a tese de que a liberdade de expressão estaria sendo limitada de forma indevida, optou por não conhecer desse aspecto, pois ele não estava contido no pedido formulado pelo paciente.³⁸²

11.1.2 Ministro Carlos Ayres Britto: Uma Interpretação a partir da Linguagem Comum e da História Brasileira

O Ministro Carlos Ayres Britto contornou a argumentação dominante sobre ser não o judeu uma raça, focando seu voto na análise da conduta do paciente, concluindo pela atipicidade da conduta, pela aplicação do princípio da irretroatividade e pela prevalência do direito à liberdade de expressão.³⁸³ Entretanto, considerou a “fixação dos contornos constitucionais do racismo” ou o “modo pelo qual a Constituição versou, por conta própria, o tema da discriminação racial”.

A primeira constatação proposta é de que “no rol dos comportamentos que o Texto Magno categoriza como preconceito (inciso IV do art. 3º) o único deles assim tachado de criminoso foi o racismo”. Na tentativa de elucidar o sentido do substantivo “prática” (“prática de racismo”), na opinião do Ministro, a questão que se coloca é “se uma expressão utilizada pelo constituinte foi recolhida do vocabulário comum do povo, ou, em sentido oposto, a ela foi emprestado um significado da própria técnica jurídica? Somente explicável, então, à luz de um vocabulário jurídico-positivo?” Sua resposta é de que “de todos os ramos jurídicos o Direito Constitucional, sem dúvida é o que mais se utiliza de uma estrutura popular de linguagem” Nesse sentido, o verbete “prática” assumiria “o inequívoco sentido de fazer, agir, dizer, produzir e tudo o mais que se traduza no fato de o ser humano sair de si mesmo. Atuar. Vir à tona da existência”, excluindo-se o ato de pensar. Logo, a

³⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.45.

³⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.48.

³⁸³ Considerou duas questões: “se o paciente cometeu ou não o crime de racismo” e, nos limites jurídicos do julgamento em questão, “se abusou, ou não, da sua liberdade de expressão”, extravasando “os limites jurídicos da sua autonomia de vontade, passando a discriminar todo o povo judeu”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.77. Anote-se que discordamos de todas as três posições do referido voto.

Constituição garantiria a cada ser humano “um espaço apriorístico de movimentação: o uso da respectiva autonomia de vontade para exteriorização do pensamento (vedado tão-somente o anonimato) e da atividade artística, estética, científica e de comunicação”. Em decorrência do uso dessa autonomia, poderia ocorrer o abuso e o agravo, examinados, porém, apenas a posteriori.³⁸⁴

A Constituição, de igual modo, teria imposto uma “significação também coloquial do substantivo “racismo”. Esse “núcleo semântico popular” figuraria “em dicionários da língua portuguesa e até de outros idiomas”. Logo, além dos negros, os judeus poderiam ser incluídos como potenciais destinatários do racismo, pois, na “ambivalência do termo” constata-se que:

“Ora ele é usado para se referir à discriminação das pessoas de cor negra, ora é utilizado para se reportar à discriminação desse ou daquele povo de mais pronunciada diferenciação histórico-cultural. Não diferenciação antropológica ou por caracteres físicos, visto que, à luz da Antropologia (como à luz da Genética, da Geografia Humana, da Biologia ou qualquer outra Ciência Natural), os homens não se compartimentam em raças; mas repese-se, uma diferenciação histórico-cultural, resultante de um tipo especial de predomínio como que atemporal: o predomínio do sangue sobre o território. É aclarar: seja qual for o território estatal onde se encontrem certos povos de ancestralidade comum, o elemento de identidade ou da mais íntima agregação dos respectivos membros é tal ancestralidade mesma. Não o vínculo jurídico de nacionalidade que venha a decorrer das leis vigentes naquele território de domínio de um particular Estado.”³⁸⁵

Desse modo: “enquanto vocábulo vulgarmente dicionarizado, o racismo é visto como discriminação ou preconceito. Mas uma discriminação ou preconceito que principalmente abarca, na sua esfera de concreta incidência, duas distintas realidades: a realidade dos negros e a realidade daqueles povos (organizados ou não em Estado soberano) que mais se distinguem dos outros por um pronunciado perfil histórico-cultural.”³⁸⁶

³⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.142-144.

³⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.147.

³⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.148.

Segundo o Ministro, o termo "racismo" foi utilizado no texto constitucional em duas oportunidades (a respeito das relações internacionais do Brasil e no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos), porém "o legislador constituinte não se deu ao trabalho de explicitar que tipo de sujeito de direito se encaixaria no âmbito pessoal de incidência da normatividade constitucional. Falou de racismo, e só. Como se a palavra fosse auto-explicável quanto àquelas pessoas a quem se visou proteger da sua (dele, racismo) deletéria prática."³⁸⁷ Essa forma de regulamentação permitira propor uma interpretação ambígua da distinção entre as expressões "preconceito de cor" e "preconceito de raça":

"Num primeiro golpe de vista, o intérprete fica propenso a sinonimizar racismo e raça, pelo fato de que este último vocábulo ("raça"):

I - foi literalmente citado pelo inciso IV do art. 3º do Código Supremo, de par com outras modalidades de preconceito ("promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação");

II - foi também literalmente apartado do vocábulo "cor", no mesmo inciso IV do art. 3º da Constituição, impelindo o exegeta a deduzir que preconceito de raça e preconceito de cor são figuras jurídicas distintas.

Ora, se o Código Político Republicano fala de preconceito de raça e ainda separa esse preconceito daquele referente a cor, então parece lógico inferir que racismo não é preconceito de cor, mas de raça. Unicamente de raça."³⁸⁸

Porém tal tipo restritivo de interpretação não estaria correta, pois conduziria ao "paradoxo de negar a um só tempo:

"I - a história mesma do Brasil, toda ela tão discriminadora dos negros que chegou ao cúmulo de fazer da escravidão desses nossos irmãos um instituto jurídico. E que perdurou do início do segundo século do descobrimento do País até a redentora data de 13 de maio de 1888 (daí por que a última lei federal sobre o racismo, a de nº 9.459/97, é datada de 13 de maio);

II- as particularidades do processo constituinte de discussão dos temas afinal positivados na Constituição-cidadã de 1988, sabido que toda a regração atinente ao

³⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.148.

³⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.148.

racismo se deu por inspiração do Movimento Negro e específica proposta dos deputados federais Carlos Alberto Caó e Benedita da Silva, ambos de pele negra (conforme, aliás, noticiado nos lúcidos votos dos ministros Moreira Alves e Maurício Corrêa). O mesmo deputado Carlos Alberto Caó, ajunte-se, que tomara a exitosa iniciativa da própria Lei 7.716/89;

III - a linguagem popular de ontem e de hoje, aqui nesta nossa "Terra de Santa Cruz", que tem o racismo como palavra imediata e preponderantemente significa preconceito de cor, e cor negra, enfatize-se." ³⁸⁹

Dáí se concluir que os negros estariam protegidos pela norma proibitiva, pois:

"o racismo de que trata a Constituição não é excludente da realidade dos negros. Não pode ser. É termo exigente de um tipo histórico-cultural de interpretação que atenta para a mais viva história do povo, da geografia, das instituições e dos costumes do Brasil." E que, se desprezado, terminaria por liberar o crime de discriminação contra ela, a negritude, daqueles dois mencionados fatores de inibição: a inafiançabilidade e a imprescritibilidade. É, enfim, desconsiderar o que realisticamente ensinou Darcy Ribeiro, com estas palavras: "A característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide sobre a origem racial das pessoas, mas sobre a cor da pele " (em O Povo Brasileiro, editora Companhia das Letras, p. 225). ³⁹⁰

Entretanto, a expressão raça não poderia estar reduzida aos negros ³⁹¹, pois: "Embora com bem menor constância e crueldade (ou até, por vezes, de forma elogiosa), a palavra é usada como signo distintivo de outros segmentos humanos,

³⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.148.

³⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.150.

³⁹¹ A expressão incluiria os ciganos e os indígenas: "É nesse contexto brasileiro de multirraciedade para além da cor da pele (ou seja, não apenas em função da negritude) que os ciganos, por exemplo, têm experimentado o gosto amargo da discriminação; pois o seu atávico nomadismo tem servido de escuso pretexto para serem tachados de cabalistas, endogâmicos, desprofissionalizados e pouco afeitos a regras mínimas de higiene corporal e coisas assim desprimorosas.

Modo social de ver que também estigmatiza os nossos índios, não raras vezes injustamente citados como indolentes, vulneráveis a doenças endêmicas e epidemias, indisciplinados para o trabalho e pouco dispostos a permutar suas primitivas crenças politeístas pela doutrina monoteísta e cristã da Igreja católica apostólica romana." SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.150.

ora na sua virginal condição de "nativos" (situação dos índios), ora tidos como apátridas (caso dos ciganos), ora procedentes de um outro Estado-nação." ³⁹²

A inclusão de negros e judeus poderia ser inferida nas influências sobre o constituinte na formulação da proibição do racismo: "a) o apartheid que se abatia sobre a população negra da África do Sul; b) a sistemática perseguição genocida que o nazismo empreendera contra o povo judeu que habitava os territórios sob ocupação alemã, no curso da Segunda Grande Conflagração." ³⁹³

Dos argumentos precedentes, o Ministro Ayres Britto conclui, de modo particular, que ao se referir ao preconceito de cor e de raça a Constituição estaria tratando, no primeiro caso dos negros, e, no segundo caso dos grupos não negros. Porém, ao se referir a racismo, a Constituição teria incluído tanto negros quanto não negros. Em suas palavras:

"Se no inciso IV do seu art. 3º a Constituição de 1988 distinguiu entre o preconceito de raça e o preconceito de cor, foi para falar de raça no restrito sentido de grupo ou segmento humano de características histórico-culturais próprias. Inconfundíveis com a de qualquer outro. Mas identificados, todos eles, por uma cor não-negra de pele; isto é, pela cor da pele sem tonalidade negra." ³⁹⁴

Logo: "se a Carta de Outubro já não voltou a falar de "raça", preferindo grafar apenas o termo "racismo" (inciso VIII do art. 4º e inciso XLII do art. 5º), já não foi para separar as duas modalidades de preconceito. Foi para unificá-las. Para dizer, em suma, que a prática do racismo é crime em mais de um sentido. Crime contra os indivíduos de cor negra, tanto quanto crime contra os indivíduos pertencentes a um grupamento humano que se personalize por características histórico-culturais inconfundíveis com as de qualquer outro segmento". ³⁹⁵

No mesmo diapasão, o Ministro conclui que os vocábulos "discriminação" e "preconceito" seriam "palavras rigorosamente sinônimas ou equivalentes, porque assim é que está no inciso IV do art. 3º da Carta de Outubro, in verbis: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

³⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 150.

³⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 150.

³⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 151.

³⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 151.

outras formas de discriminação". Ademais, ambos seriam sinônimos nos dicionários, porém, "com a ressalva, lógico, de que toda discriminação é diferenciação, mas nem toda diferenciação é discriminação.". Isso porque a discriminação é uma espécie de "diferenciação que marca ou isola negativamente certas pessoas. Que diminui a auto-estima delas. Que faz incidir sobre elas um juízo depreciativo, aprioristicamente formulado. Porque traduzido num pré...conceito! Num conceito prévio, portanto, que se pretende impor à realidade. Não extraído da realidade ou autorizado por ela, como se dá, agora sim, com a elaboração mental chamada de conceito."³⁹⁶ Ela afeta as "relações de base", ou seja:

"é conferir a uma dada pessoa um tratamento humilhanamente desigual. Nela introjetando um sentimento de inata hipossuficiência. É dizer, forçando-a a entretecer de modo menos obsequioso, quando não grosseiro de todo, ou até ostensivamente indigno, as chamadas relações de base. Que são as relações que mais definem o perfil de uma sociedade. Por isso mesmo que predominantemente civis, por se constituírem das interações mais comezinhas, mais cotidianas, mais imediatas ou de maior contigüidade, como as que se dão na esfera das seguintes instituições privadas: condomínios, igrejas, escolas, clubes, sindicatos, partidos, praças ou ginásios esportivos e ainda empresas do tipo supermercado, farmácia, shopping, restaurante, cinema, hotel, bar, mercearia, lanchonete, etc. (tal como figurantes, grosso modo, da própria Lei federal nº 7.716/89). Mas que terminam por contaminar aquele tipo de interação que se trava nos próprios recintos que servem de base física para os órgãos e entidades da Administração Pública, tais como postos de saúde, hospitais, estabelecimentos de ensino, rodoviárias, aeroportos, estações ferroviárias e terminais hidroviários (também listados, mais ou menos de forma genérica, pela mesma Lei federal nº 7.716/89 como espaços de proibida manifestação de preconceito)".³⁹⁷

Com a discriminação ataca-se a própria dignidade, sendo capaz de fazer nascer um sentimento de culpa:

"Esse modo tão acabrunhante quanto desarrazoado de tratar um ser humano é de tamanha gravidade que o discriminado é como que forçado a se sentir

³⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.151.

³⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.151.

padecente de um déficit de dignidade. Ou de cidadania. Como se pertencesse a um subgrupo ou a uma sub-raça. Amesquinhado, não no que ele tem, mas no que ele é. Experimentando, por conseguinte, um inexplicável sentimento de culpa - espécie terrível de pecado original social - e fazendo-o gemer de uma revoltante dor moral. Por vezes mais incômoda que a própria dor física.”³⁹⁸

Ela pode se manifestar individualmente, mas está relacionada ao grupo ao qual a vítima pertence, pois: “pode se manifestar de forma tópica ou individual, mas se dá em razão de todo um conjunto humano de que o discriminado faz parte. É o caso típico dos negros, das mulheres, dos deficientes físicos, dos pobres, dos analfabetos e dos idosos.” Significa, na prática: “um estreitamento de ocupação daqueles espaços de convivência tão naturais quanto imprescindíveis.”³⁹⁹

Não se atém, estritamente, a uma lesão apenas à desigualdade material, mas a igualdade civil-moral. É, nesse contexto, que se poderia considerar as políticas de ação afirmativa como um modo de reafirmar a igualdade: “Tanto da igualdade que tem sido recusada aos pobres (igualdade material) como da que tem sido negada aos segmentos sociais de que venho falando (igualdade civil); tudo por efeito de uma tão deformada quanto renitente cultura brasileira da intolerância.”⁴⁰⁰ Desse modo:

“É esse encardido e sistemático estreitamento de espaço de movimentação que ofende, qual mortal efeito dominó, múltiplos princípios constitucionais. A começar, óbvio, pelo princípio da igualdade. Seja o princípio da igualdade material, especificamente previsto nos arts. 6º e 7º da Carta Magna (sob a adequada epígrafe de "Direitos Sociais"), seja o princípio mais imediato da igualdade civil (também adequadamente X epigrafado como direito da espécie individual, conforme se vê do capítulo que acima ; o artigo constitucional de nº 5). Que já é uma igualdade do tipo moral ou no plano daquela dignidade que, de tão intrínseca ao ser humano, constitui um bem de personalidade ("Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)", é o que I reza o art. I da Declaração Universal dos Direitos Humanos). Motivo por que o preconceito racial é criminalizado no âmbito mesmo do art. 5º da

³⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.152.

³⁹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.152.

⁴⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.152.

Lei Suprema, que é um artigo invólucro dos direitos e garantias individuais; ou seja, direitos e garantias do indivíduo enquanto indivíduo mesmo, a traduzir que ele, mais que parte de algo, é algo à parte. Mais que parte de um todo, é um todo à parte. Um microcosmo, então, ou uma totalidade-em-si. Cada um deles com essa dignidade máxima que é nascer e permanecer, aos olhos da mãe-natureza, como número único.”⁴⁰¹

Ao atacar a igualdade civil-moral, ela demonstra ser uma de desigualdade que se constitui numa:

“intolerância para o fato mesmo de que a sociedade é plural. Necessariamente plural quanto aos grupos humanos de que ela se compõe - já foi consignado - e quanto ao sexo dos individualizados componentes desses grupos e, mais que o sexo, a cor da pele, a regionalidade, a etnia, a faixa etária, a preferência sexual, a convicção política, etc. Pelo que nenhum desses elementos de diferenciação deve servir de critério de avaliação da dignidade ou do caráter de ninguém. Tampouco da essencialidade, ou, ao contrário da prescindibilidade social de quem que seja. Sob pena de se violar o excelso princípio da igualdade. Princípio que, de tão elementar à configuração da dignidade da pessoa humana (insista-se na proposição), comparece duas vezes no caput do mesmo art. 5º: a primeira, para igualar as pessoas diante do Estado-legislador; a segunda, perante a sociedade civil por inteiro”.⁴⁰²

Portanto, nas palavras do Ministro Ayres Britto;

“Praticar o preconceito, por conseqüência, é desprezar de forma imediata ou instantânea o princípio constitucional da igualdade civil-moral. No mesmo e soturno tom, é insurgir-se contra um outro valor constitucional de postura social genérica: o pluralismo. Ele, pluralismo, que é concebido pelo preâmbulo da Constituição como um dos traços ideais da sociedade brasileira que a Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 buscou instituir. Ao lado, como sabido, da fraternidade e da ausência, justamente, de preconceitos.”⁴⁰³

⁴⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.152-153.

⁴⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.153.

⁴⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.153.

Sua antítese, por sua vez, é a fraternidade, porque: "Aceitar o pluralismo é a resultante natural da ausência de preconceito. E quando o preconceito deixa de ocupar espaço, quem passa a ocupar esse espaço é a fraternidade. Desde que se entenda a fraternidade como penso que a Magna Lei entendeu: uma comunhão de vida. Uma vida em comunidade (de comunidade). Uma convivência orgânica, timbrada pelo respeito de cada parte ao todo e do todo a cada parte. Holisticamente." ⁴⁰⁴

A prática de racismo abrangeria tanto a atuação direta quanto à indireta do agente., ocorrendo, neste último caso, nas figuras da incitação e do induzimento. Nesse sentido: "Incitar, como sinônimo de açular ou instigar sem meios-termos. Escancaradamente ou a força aberta, portanto. Induzir, a seu turno, como vocábulo sinônimo de instigação insidiosa ou por meios subliminares. Sorrateira ou escansamente, então. Mas uma e outra forma de discurso a se unificar pelo propósito de quebrantar - quando não de anular de vez - o senso crítico de outrem."

405

Quanto à criminalização do racismo, conclui o Ministro Ayres Britto que:

a) "O que interessa, para a Constituição, é a intersubjetividade da revelação do preconceito. Não os meios utilizados para tal exteriorização, ou a forma pela qual o discriminador se enlaça a terceiros." ⁴⁰⁶

b) A Constituição versou a vedação do racismo em separado, isolando-a das demais formas de discriminação. Apenas esta foi demarcada como inafiançável e imprescritível. Logo, a lei infraconstitucional não poderia ter dado tratamento diverso à matéria:

"Efetivamente, não se pode olvidar que foi a Constituição mesma que parificou racismo e terrorismo (como exsurge do inciso VIII do art. 4º), usando contra as duas condutas a veemência da palavra "repúdio". Depois, utilizou-se de dois diferentes versículos para coibir todas as modalidades possíveis de preconceito; isto é, usou de um dispositivo em separado para proibir unicamente a discriminação racial (inciso XLII do art. 5º), colocando sob um outro comando, imediatamente

⁴⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.153.

⁴⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.154.

⁴⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.154.

anterior, todos os demais preconceitos (inciso XLI, assim textualizado: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"). Fundamental distinção que o legislador ordinário, no entanto, deixou de considerar na lei aqui seguidamente citada, que foi a de nº 7.716/89. Magna Carta." ⁴⁰⁷

As considerações do Ministro, como se lê acima, avançam em diversos temas da interpretação do racismo no plano jurídico. ⁴⁰⁸ Porém, da riqueza de seu voto colhe-se a contraditória conclusão de que não haveria crime de racismo, malgrado a ação manifesta de diferenciação, se o agente julgasse que, ao diferenciar, o faz porque se encontra na condição de vítima potencial da vítima que, efetivamente, discrimina, como costuma ocorrer no caso dos judeus que são identificados à figura do "bode expiatório".

11.1.3 Ministro Marco Aurélio: Uma Interpretação a partir da História Brasileira

O Ministro Marco Aurélio acompanhou o raciocínio do Ministro Relator e do Ministro Ayres Britto, concedendo o habeas corpus. O foco central de sua argumentação foi a preservação da liberdade de expressão, não apenas devido a sua dimensão individual, mas, sobretudo, a sua dimensão pública, ou seja, como elemento essencial ao Regime Democrático. Passível, portanto, de limitações, tão somente em hipótese excepcionalíssima, não justificável no caso concreto, pois a conduta no aspecto formal não era uma incitação ao anti-semitismo e ela não encontraria no substrato histórico da sociedade brasileira, com sua tolerância ao judeu, solo fértil para provocar o risco de desencadeamento de comportamentos discriminatórios.

O Ministro apresentou, em defesa da prevalência da liberdade, argumentos que ressaltavam a sua importância para a comunidade política, reafirmando suas convicções de que o preconceito anti-semita existente naquelas obras seria vencido

⁴⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.154.

⁴⁰⁸ Para o Ministro, a obra do autor, como se disse, era ideológica e não trilhou "os aleivosos caminhos do panfleto, da ridicularia ou da pasquinada", do "achincalhe e da prestidigitação intelectual". Ela teria se atido a uma "defesa do Estado e do povo alemão, ao explicar os fatos caracterizadores tanto da primeira quanto da Segunda Grande Guerra", sem, contudo, "jamais falar de arianismo", "nem de superioridade racial alemã, ou de inferioridade racial judaica" ou, muito menos, "justificar ou apoiar o Holocausto", apesar "da simpatia demonstra por Hitler". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.157.

nesse debate. A liberdade “é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política.”⁴⁰⁹ Logo, a manutenção deste ambiente de tolerância seria remédio adequado contra o preconceito, pois:

“Os piores acontecimentos havidos - entre eles, a perseguição aos judeus - sempre ocorreram em momentos de treva no campo das comunicações, de falta de publicidade de modo a permitir o acompanhamento público. Com isso, foram evitadas as reações próprias aos episódios. Encobertos, ganharam proporções alarmantes, predominando a barbárie. A história mostra que a transparência, a revelação dos fatos serve de freio aos homens, evitando a prevalência de paixões condenáveis, de atos que contrariam a natureza em sua expressão maior.”⁴¹⁰

Num dos trechos de citações históricas sobre o valor da liberdade de expressão, ao se referir a polêmico caso da queima dos arquivos da escravidão, o Ministro esboça tese de que a ignorância sobre o passado é um dos elementos determinantes da cultura brasileira e de que ela não foi natural, mas induzida pelo cerceamento da liberdade de expressão⁴¹¹:

“Diante dos horrores da escravidão negra no Brasil, Rui Barbosa, à época Vice-Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, determinou, por meio do Decreto de 14 de dezembro de 1890, que se destruíssem todos os documentos referentes à escravidão/Intentava com esse gesto apagar, da história brasileira, o instituto — como se isso tivesse o condão de fazer desaparecer da memória nacional a carga de sofrimento suportada pelo povo africano e pelos afrodescendentes — e evitar possíveis pedidos de indenização por parte dos senhores de engenho.

⁴⁰⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.172.

⁴¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.173.

⁴¹¹ O episódio é polêmico, pois ele serviu para impedir que se buscassem outras fontes que hoje estão sendo utilizadas para refazer a história da escravidão. Logo, sua apresentação como verdade inquestionável serviu também como barreira para o desenvolvimento da pesquisa no país. De fato, a maior barreira contra a garantia da memória sobre a escravidão foi o desprezo em relação a palavra dos ex-escravos. No Brasil, mais do que em qualquer outro país, as vozes negras foram consideradas sempre inadequadas para a descrição das vidas negras, cabendo aos filhos da elite a elaboração de uma narrativa oficial de denúncia contra a escravidão. Essa voz autorizada repete-se agora no monopólio acadêmico das novas fontes de pesquisa redescobertas.

O ilustre baiano não se apercebeu que determinação em tal sentido, além de imprópria a alcançar o fim desejado — apagar a mancha da escravidão feita a sangue no Brasil —, subtrairia às gerações futuras a possibilidade de estudar a fundo a memória do País, o que as impediria, por conseguinte, de formar um consciente coletivo baseado na consideração das mais diversas fontes e de emergir do legado transmitido — a ignorância.”⁴¹²

Na concepção do Ministro, tendo em vista que a “censura de conteúdo” sempre se constitui em “arma dos regimes totalitários”, a caracterização de hipóteses que seriam passíveis de limitação da liberdade de expressão dependeria de dois aspectos: a forma e o risco da conduta. Em síntese, em suas palavras:

“É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões.”⁴¹³

Na análise concreta, o Ministro Marco Aurélio corrobora a tese do Ministro Ayres Britto de que não haveria nas obras consideradas “qualquer manifestação a induzir o preconceito odioso no leitor”, embora o paciente esposasse “idéia que causaria repúdio imediato a muitos” Em sua opinião, no Brasil, ao contrário da Alemanha, não se teria cultivado “quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo” e jamais foi transmitida entre as gerações a miséria deste legado discriminatório, pois “as mais diferentes formas de divulgação da cultura judaica sempre gozaram de amplo apoio e interesse popular. As instituições judaicas funcionam no Brasil como importantes centros de referência e são constantemente reconhecidas, como hospitais, sinagogas, centros de cultura, museus, entre outras.” Portanto nossa “comunidade política” não disporia desses “desses “pré-requisitos” de um ambiente

⁴¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.170.

⁴¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.178.

no qual “um livro poderá vir a ser considerado perigoso, na acepção de incentivar ou acelerar mudanças”.⁴¹⁴

É nesse momento que o Ministro Marco Aurélio tese longas considerações sobre o racismo contra o negro em nosso país, conforme se lê em seu voto:

“Nesses termos, seria mais facilmente defensável a idéia de restringir a liberdade de expressão se a questão deste habeas resvalasse para os problemas cruciais enfrentados no Brasil, como, por exemplo, o tema da integração do negro, do índio ou do nordestino na sociedade. Em relação a tais pontos, percebe-se claramente o preconceito arraigado em nossa comunidade, capaz de predispô-la a transformar em atos violentos de discriminação as idéias de intolerância lançadas eventualmente em um livro. O Brasil possui toda uma carga histórica de escravização dos negros e dos índios, bem como infelizes episódios nos quais se cultivara, especialmente por grupos discriminatórios da região sul, um ódio aos nordestinos, o que chegou até mesmo a dar ensejo a uma ridícula e absurda proposta separatista.

A visão de integrar o negro na sociedade é tão presente em nossa cultura que, atualmente, discute-se com absoluta procedência a adoção de políticas afirmativas como medidas compensatórias das desigualdades políticas, econômicas e sociais existentes, colocando-se o peso da lei a favor da almejada igualdade. O Governo Federal chegou até a criar uma secretaria para se debruçar em tais questões. Um livro preconceituoso contra os negros teria muito mais chance de representar uma ameaça real à dignidade daquele povo, porque no Brasil não seria difícil encontrar adeptos para tais pensamentos. Da mesma forma, torna-se evidente que, se a hipótese revelasse idéias discriminatórias aos nordestinos, o tema deveria ser enfrentado sob outro enfoque e a partir de outros referenciais. Recentemente, ocorreu uma cena constrangedora para o Governo Federal, quando a sociedade brasileira mobilizou-se para manifestar repúdio à declaração proferida pelo Ministro da Segurança Alimentar, José Graziano, em 7 de fevereiro de 2003, na Federação das Indústrias de São Paulo - FIESP, do seguinte teor: “Temos de criar empregos (no Nordeste), temos de gerar oportunidades de educação lá, temos de gerar cidadania lá, porque se eles, nordestinos, continuarem vindo para cá (São Paulo), nós vamos ter que continuar andando de carro blindado”. Finalmente, trago à baila a

⁴¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 180.

problemática do índio, que também sofre por parte de alguns brasileiros discriminação quanto à preservação da cultura e das terras.”⁴¹⁵

O Ministro conclui ser:

“imprescindível que a solução deste habeas passe necessariamente por um exame da realidade social concreta, sob pena de incidirmos no equívoco de efetuar o julgamento a partir de pressupostos culturais europeus, a partir de acontecimentos de há muito suplantados e que não nos pertencem, e, com isso, construirmos uma limitação direta à liberdade de expressão do nosso povo baseada em circunstâncias históricas alheias à nossa realidade.”⁴¹⁶

Em defesa da liberdade de profissão do paciente que editou obras anti-semitas, o Ministro apresenta exemplos de livros racistas que são editados no país sem nenhuma repulsa. Entre eles o de Nina Rodrigues, “Os africanos no Brasil”, “no qual defende que a razão do subdesenvolvimento brasileiro foi a mistura do português com a raça negra” e do qual o Ministro extrai diversas passagens sobre a inferioridade da raça negra, e, o de José Bonifácio de Andrada e Silva, “Projetos para o Brasil”, no qual há diversas alusões racistas aos indígenas que são acusados de serem “povos vagabundos, envolvidos em guerras contínuas e em roubos, não tendo freios religiosos ou civis”. Aduz o Ministro, ainda, a Gilberto Freyre que teria sido “duramente censurado” porque pregava que “a miscigenação havia tornado o povo brasileiro sem segundo exemplo no mundo, e, em vez de isso revelar fraqueza, demonstrava a força do nosso povo”⁴¹⁷

O Ministro evoca ainda a teoria do simbolismo no Direito e a obra do Professor Marcelo Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, baseada nos estudos de Kindermann, para demonstrar que a inclusão da imprescritibilidade na Constituição seria a “manifestação do simbolismo sem precedentes no mundo”, servindo para a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatatórios.

⁴¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.181.

⁴¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.181.

⁴¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.184.

Ou seja, a inclusão de uma norma com baixa eficácia teria apenas o condão de dar uma resposta meramente simbólica aos problemas sociais.⁴¹⁸

Diante da excepcionalidade dessa medida⁴¹⁹, conforme a doutrina e o direito comparado, não seria “permitido a este Tribunal ou a qualquer hermeneuta da Constituição interpretar de forma aberta ou ampliativa preceitos que impliquem a diminuição de eficácia dos direitos fundamentais”. Nesse sentido, segundo o Ministro:

“a interpretação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição deve ser a mais limitada possível, no sentido de que a imprescritibilidade só pode incidir no caso de prática da discriminação racista contra o negro, sob pena de se criar um tipo constitucional penal aberto imprescritível, algo, portanto, impensável em um sistema democrático de direito. As demais condutas discriminatórias são puníveis por meio da legislação infraconstitucional sobre o assunto”.⁴²⁰

Daí a necessidade de diferenciar o racismo contra os negros (imprescritível) e as demais discriminações (não abrangidas pela cláusula excepcional da imprescritibilidade). Isso porque: :

“A interpretação das normas constitucionais não pode ser feita a partir de normas ordinárias. As normas constitucionais, por originarem todo o sistema jurídico, definem o caminho que a legislação ordinária deve seguir. O racismo contra os negros, este sim previsto na Constituição, é tão-somente uma das formas de discriminação e, por ser a mais grave delas — tida como enraizada na vida dos brasileiros — surge imprescritível. Do contrário, corre-se o risco de ver solapado o significado do preceito constitucional, ao sabor de mero alvitre do legislador ordinário, e, assim, dar-se-á a inadmissível interpretação da Carta a partir da legislação infraconstitucional. Ora, o paciente foi denunciado e condenado como incurso nas penas do artigo 20 da Lei nº 8.081/90, e, tomados os atos praticados, tem-se, no máximo, a simples discriminação contra o povo judeu, prevista, sem a

⁴¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.188.

⁴¹⁹ Ademais, na opinião do Ministro, o próprio julgamento do caso em tela, perante o Supremo Tribunal Federal corresponderia a uma “manifestação de jurisprudência-álibi” em que se estaria cedendo diante do “clamor social por um maior rigor penal relativamente aos fatos de grande repercussão”, sob o risco de conduzir “à falta de proporcionalidade entre a lesão decorrente do crime e o gravame a ser suportado pelo autor”. Neste contexto, “o Judiciário delimita a liberdade de expressão, demonstrando uma ‘indignação’ quanto aos pensamentos anti-semitas, e, assim, mantém a confiança dos cidadãos.” p. 190.

⁴²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.190.

causa da imprescritibilidade, no inciso XLI do artigo 5º da Constituição, segundo o qual "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Daí a procedência dos termos da impetração, no que refutada a prática do crime de racismo e pretendido o reconhecimento da prescrição." ⁴²¹

Esta interpretação restritiva completaria a distinção, elaborada pelo Ministro, na análise da conduta do paciente, entre discriminação e preconceito:

"Preconceito não quer dizer discriminação, esta sim, condenável juridicamente, porque significa separar, apartar, segregar, sem que haja fundamento para tanto. Muito menos, preconceito revela óptica racista. A maior parte dos preconceitos fica apenas no âmbito das idéias, das reservas mentais, não chegando a ser externada. E ninguém sofre pena pelo ato de pensar, já dizia o brocardo latino. O preconceito, sem se confundir com o racismo, só se torna punível quando é posto em prática, isto é, quando gera a discriminação, ainda em seu sentido aquém do racismo, sem que se tenha, nesse caso, a cláusula da imprescritibilidade." ⁴²²

11.2 "A POSIÇÃO" MAJORITÁRIA: UMA INTERPRETAÇÃO DINÂMICA DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AO MARCO INTERNACIONAL DE TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS E A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE RAÇA A PARTIR DO RACISMO

A posição do referido Ministro já está evidenciada na transcrição do acórdão de sua lavra. O ministro retoma os argumentos do Ministro Moreira Alves para perguntar:

"será que a Carta Federal, ao prescrever no inciso XLII do artigo 5º que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei", só se refere à raça, de um modo geral, visto que quem inspirou essa cláusula foi o então deputado constituinte Caó, cuja preocupação, em grande parte, teria nascido da circunstância de ser negro? Será que todos os constituintes votaram a disposição tão-só com esse desiderato Ou haveria elastério

⁴²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.194-195.

⁴²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.182.

maior para incluir, como no caso, discriminações tidas como de racismo contra outros segmentos da sociedade brasileira?”

(...)

Não estou dizendo que os judeus são ou não uma raça. Mas pergunto: será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preceitos da Carta Federal relacionados com a matéria para situar essa discriminação contra os judeus como crime de racismo? Ou devo ler a disposição, conforme quer o Ministro Moreira Alves, como dirigido à discriminação racial, considerando a clássica e ultrapassada definição antropológica de que a raça humana se constitui da branca, negra e amarela?”⁴²³

Para o Ministro, na exegese do termo racismo inscrito na Constituição não se deveria:

“emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.”⁴²⁴

Portanto:

“revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la.”⁴²⁵ Os vocábulos raça e racismo não são suficientes, por si sós, a se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores is, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento rico de sua incidência.”⁴²⁶

⁴²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.47.

⁴²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.63.

⁴²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 41.

⁴²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.41.

Nesse sentido, as condutas imputadas ao paciente caracterizariam a prática de racismo porque:

a) “o conceito de raça não pode resumir-se a semelhança de características físicas, devendo ser adotada em suas mais diversas formas, especialmente como definição de comportamento social”.⁴²⁷

b) “doutrina nazista defendida e incentivada pelas publicações, não só reputa os judeus uma raça, como baseia todo o seu segregacionismo nessa convicção”.⁴²⁸

Para demonstrar o segundo argumento, o Ministro Maurício Corrêa faz diversos relatos históricos de “situações discriminatórias”, afirma que o “povo judeu foi estigmatizado”, apresenta relatos de que povo judeu “sofreu e vem sofrendo até hoje” e conclui que:

“Durante a Inquisição e a Segunda Guerra Mundial os ciganos também foram perseguidos, mas essa é outra história. Ninguém sofreu o trauma na própria carne, no sangue, com lágrimas e tudo, mais que o povo judeu.

Estou apenas dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos in memoriam ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça.”⁴²⁹

As práticas discriminatórias contra os judeus não estiveram ausentes da história nacional. Segundo o Ministro Maurício Correa:

“Embora a inegável amplitude do preconceito de cor, permito-me assinalar que os discursos e práticas racistas no Brasil também tinham como destinatários os judeus, como de resto os ciganos e os índios. No Brasil colônia a discriminação era fundada na pretensa ‘pureza do sangue’. Os judeus, mesmo os cristãos novos, marranos, eram tidos como de ‘raça infecta’, a eles sendo vedado o acesso a cargos de responsabilidade na administração pública.”⁴³⁰

A interpretação proposta inverteu a interpretação do conceito de raça nascida no século XIX.

⁴²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.33.

⁴²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.33.

⁴²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.23.

⁴³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.43.

Primeiro porque reconheceu que, “do ponto de vista científico, a clássica subdivisão da raça humana aferível a partir de suas características físicas, especialmente no que concerne à cor da pele”, não é mais justificável diante dos avanços da demonstração científica em especial dos estudos do Projeto Genoma Humano (PHG)”⁴³¹ Segundo porque reconheceu que a tradicional classificação racial expressou uma determinada concepção da geografia dos povos. Conforme o Ministro:

“Na verdade, o que existe é uma correlação do que se convencionou chamar de raça e a geografia mundial, o que relaciona os homens de cor branca à Europa, os de cor negra à África e os de cor amarela à Ásia. Conforme esclarecem os cientistas, “a cor branca e as características do indivíduo branco são adaptações geográficas à Europa. A cor negra e as características físicas daquilo que se associa à chamada raça negra são adaptações geográficas à África e, provavelmente, são do homem original”, pois se estima que no início todos os homens eram negros. As modificações havidas ao longo dos tempos e marcadas pelos caracteres físicos refletem o desenvolvimento do homem em sua complexidade a partir de sua constante convivência com o ambiente e não uma circunstância genética, pelo que há uma completa dissociação entre a cor da pele e o genoma.”⁴³²

Terceiro porque conclui que “a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie.”⁴³³

Quarto porque conclui que tal processo político está relacionado às relações de poder entre grupos humanos e que o escravismo foi um dos seus maiores exemplos. Como afirma o ilustre Ministro: “Na história observa-se que além das guerras pelo poder e território, a humanidade sublinha uma gama de ações que visaram, e às vezes ainda visam, a supremacia de um povo sobre outro, sob a

⁴³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.25.

⁴³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.26.

⁴³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.26.

perspectiva de que esses últimos constituiriam uma raça inferior. Temos como exemplos marcantes desse triste episódio histórico o escravismo e o holocausto.”⁴³⁴

Quinto evidenciou que a mera afirmação de que as raças não existem não resolve o problema do racismo como fenômeno social e não impede a tutela dos interesses de grupos discriminados pelo direito. De igual modo, que o conceito de raça para fins de interpretação do direito deve se voltar para a consideração do racismo existente contra determinado grupo. Segundo o Ministro:

“Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.”

435

Ou ainda: “Veja-se que, se abstrairmos a questão social, chegaremos, em face das descobertas do projeto genoma, ao absurdo de concluir que o racismo não existe, conseqüência lógica da ausência de raças.”⁴³⁶

Tais conclusões somente foram possíveis na medida em que se demarcou as distinções entre uma concepção do racismo decorrente da raça e da raça como decorrente do racismo. Nesse sentido, o Ministro Maurício Corrêa partiu da distinção presente no dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford entre três conceitos:

a) Racialismo, que é "o tratamento desigual de um grupo populacional baseado apenas em sua posse de traços físicos outras características socialmente definidas como denotando uma raça particular";

b) Racismo, "um sistema determinista de crenças que sustenta o racialismo, ligando tais características a traços físicos ou psicológicos baseados em valoração negativa";

c) Racialização, "o processo social pelo qual um grupo social é categorizado como "raça".⁴³⁷

⁴³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.25.

⁴³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.30.

⁴³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.31.

Para o Ministro: “o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros.”⁴³⁸

O racismo é, portanto, uma “tendência cultural, decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre outra”.⁴³⁹

Daí se concluir que:

“longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.”⁴⁴⁰

Neste contexto, o processo de racialização é independente da auto-percepção do grupo, pois “o que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto”.⁴⁴¹

No caso do judeus, esse processo ficou evidenciado com o nazismo. De tal modo que: “mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou

⁴³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.31.

⁴³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.30.

⁴³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.31.

⁴⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.43-44.

⁴⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.30.

não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles”⁴⁴².

Ou seja: “na concepção nazista o povo judeu constitui uma raça ou, menos do que isso, sub-raça, raça inferior marcada pela hereditariedade, alicerce no qual se procurou justificar toda tragédia que gerou o holocausto. Fica assim explícito que tal conduta caracteriza ato de racismo, segundo as convicções de quem o pratica.”⁴⁴³

O racismo, por afetar a própria premissa da existência da comunidade humana, não poderia ser interpretado de forma restrita, pois:

“O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto ademais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante a dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social.”⁴⁴⁴

Em definitiva:

“Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos. Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia. Parece-me, data venia, uma conclusão inaceitável.”⁴⁴⁵

Os demais votos seguidores dessa posição, em especial dos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes e Carlos Veloso preocuparam-se em afastar a tese de

⁴⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.29.

⁴⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.29.

⁴⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.39.

⁴⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.42.

que as manifestações do paciente estavam acobertadas pelo princípio da liberdade de expressão.

O Ministro Celso de Mello destacou que a controvérsia sobre o alcance do conceito de racismo refletia-se na “definição” do “princípio indisponível da dignidade da pessoa humana, que, mais do que elemento fundamental da República (CF, art. 1º, CF), representa o reconhecimento de que reside, na pessoa humana, o valor fundante do Estado e da ordem que lhe dá suporte institucional.”⁴⁴⁶ A vinculação do Brasil a diversos documentos internacionais obrigaria o respeito da pessoa humana e, conseqüentemente de repúdio ao racismo, devendo tal princípio ser reconhecido pelas instituições internas do país. A presença desse princípio demarcaria a um novo modelo de Direito Internacional focado na pessoa humana (na dimensão subjetiva da pessoa humana) e não apenas nas relações entre Estados. Após apresentar um conjunto de “marcos históricos” (“temporais”) de importância para a “humanidade” e que versavam sobre episódios nos quais os judeus foram perseguidos, destacou relevância do julgamento, em suas palavras: “ (...) é chegado o momento de o Supremo Tribunal Federal incluir, em sua agenda, seu claro propósito de afirmar os compromissos do Estado brasileiro e de manifestar a preocupação desta Corte com a questão da defesa e da preservação da causa dos direitos essenciais da pessoa humana, que traduzem valores que jamais poderão ser desrespeitados ou esquecidos.”⁴⁴⁷ Neste contexto, a tutela da Dignidade da Pessoa Humana demandaria uma atitude firme das instituições internas na reação contra “situações de opressão, degradação, discriminação, exclusão e humilhação que provocam a injusta marginalização, dentre outros, de grupos étnicos, nacionais e confessionais”.⁴⁴⁸ De tal modo que:

“Essa reação — que deve repercutir no próprio sistema de poder e no aparato governamental que lhe dá suporte — deve buscar os meios que permitam transformar, em concreta realidade, os compromissos que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana e, considerado o contexto da presente causa, as obrigações éticas e jurídicas que incidem sobre o

⁴⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 53.

⁴⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 55.

⁴⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.56

Estado brasileiro, por efeito de sua adesão a importantes atos, declarações, convenções e estatutos internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (Unesco/1978) e a Declaração de Durban e Plano de Ação, resultantes da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, à Discriminação Racial, à Xenofobia e à Intolerância Correlata (África do Sul/2001), "inter alia".^{449 450}

Os documentos internacionais já haviam reconhecido que a crenças racistas foram motivadoras da 2ª Guerra Mundial e que não tinham validade científica:

"Foi por tal razão que esse e todos os documentos internacionais destinados a promover a eliminação de quaisquer formas, sempre odiosas, de discriminação racial, reconheceram "a unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos...", proclamando, com irrecusável correção, que "Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem", pois "Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade", razão pela qual "a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais", mesmo porque as diferenças entre os povos do mundo não justificam qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas."⁴⁵¹

Neste contexto de reconhecimento da igualdade do gênero humano e das conseqüências nefastas da crença das desigualdades das raças que o Ministro Celso de Mello extrai a conclusão de que:

"(...) a noção de racismo — ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração — não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um

⁴⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 56.

⁴⁵⁰ Colhe-se na confirmação do voto a seguinte assertiva: "Não custa lembrar que, em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, cujas prescrições tutelares se revelam — na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas — elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido (...)". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.56.

⁴⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 56-57.

indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social (...)"⁴⁵²

Portanto, como se depreende do voto, o conceito de raça somente poderia ser apreendido a partir da noção de racismo. De igual modo, a noção de racismo deve ter como referente de interpretação, na esfera jurídica, os documentos internacionais que representam a consciência jurídica sobre as experiências históricas precedentes sobre os efeitos do racismo na sociedade. Tais efeitos não se limitam a uma análise local, mas a experiências que foram também são conhecidas na história da humanidade.

O Ministro reforça a tese da busca máxima eficácia na interpretação das normas que tutelam os Direitos Humanos e a exclusão da interpretação restritiva nessa matéria. Em suas palavras:

"Desse modo, não se mostra cabível valer-se de processo hermenêutico que comprometa a força normativa da Carta Federal, expondo, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República, a critérios de exegese que culminem por subtrair, aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica, a sua máxima eficácia, tornando-os, em consequência, fórmulas vazias, incompreensivelmente destituídas de significação e despojadas da abrangência que lhes quis emprestar o próprio legislador constituinte.

Daí a correta asserção de que, no processo de indagação constitucional, impõe-se, ao intérprete, mediante adequada pré-compreensão dos valores que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, conferir-lhes sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia, em ordem a dar-lhes significação compatível com os objetivos indicados na Carta Política."⁴⁵³

O Ministro Gilmar Mendes, argumentou ser pacífico o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões pseudocientíficas e que "historicamente, o racismo prescindiu até mesmo daquele conceito pseudocientífico para estabelecer suas bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em critérios outros."⁴⁵⁴

⁴⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 57.

⁴⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.202.

⁴⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 63.

E conclui que:

“Todos esses elementos levam-me à convicção de que o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial “raça”. Cuida-se aqui de um conceito pseudocientífico notoriamente superado. Não estão superadas, porém, as manifestações racistas aqui entendidas com aquelas manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.). (...) Assim não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, que o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo.”⁴⁵⁵

Quanto à liberdade de expressão, declarou o ministro que “a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade”.⁴⁵⁶ Conforme seu entendimento: “a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.”⁴⁵⁷

O Ministro Carlos Velloso, “uma das formas mais odiosas de desrespeito aos direitos da pessoa humana é aquela que se embasa no preconceito relativamente às minorias e que se revela no praticar ou incitar a prática de atos e sentimentos hostis em relação aos negros, aos índios, aos judeus, aos árabes, aos ciganos, etc.” Ademais o seqüenciamento do genoma humano teria demonstrado definitivamente o erro de se “falar em raça em termos biológicos.” O que o leva a concluir que “o racismo, pois, não está no conceito de raça, mesmo porque só há uma raça, a espécie humana”.⁴⁵⁸

Daí se concluir que:

⁴⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 66-67.

⁴⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 67.

⁴⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 70.

⁴⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 80-81.

“em termos biológicos e antropológicos, não há falar que os brancos, os negros, os amarelos, os ciganos, os judeus, os árabes, constituem uma raça. Somos todos integrantes da raça humana.

Se é assim, em termos biológicos e antropológicos, importa registrar, entretanto, que, culturalmente, sociologicamente, esses grupos humanos podem ser diferenciados. E é justamente o tratamento discriminatório, hostil, preconceituoso, relativamente a eles, que caracteriza o racismo, o racismo que a Constituição não tolera — CF, art. 5º, XLII — porque representa forma grave de desrespeito aos direitos humanos. Bem por isso a Carta da República estabelece que esta, nas suas relações internacionais, rege-se, dentre outros princípios, pelo repúdio ao racismo (CF, art. 4º, VIII).⁴⁵⁹

Nessa linha de argumentação, corrobora o argumento de J.A. Lindgren Alves⁴⁶⁰ para quem: “todos de boa-fé sabem que ‘raça’ é, sobretudo, uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar”. Segundo este mesmo autor: “o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuímos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal.”⁴⁶¹

Diante de tais argumentos, o Ministro Velloso assevera que:

“Racismo, portanto, é comportamento preconceituoso, hostil, relativamente a grupos humanos, a pessoas, em razão, por exemplo, da cor de sua pele ou de sua religião. Bem acentua Celso Lafer, os judeus não são uma raça. Como não são raça os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos humanos. O racismo constitui-se no atribuir a seres humanos características “raciais” para instaurar a desigualdade e a discriminação”.⁴⁶²

Por sua vez, em seu voto, a Ministra Ellen Gracie demonstra como as premissas de que a raça humana é única e a caracterização das raças, quer do ponto de vista biológico quer do ponto de vista antropológico, esconde diversidades

⁴⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 80.

⁴⁶⁰ ALVES, J. A. Lindgren. A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos, Rev. Brasileira de Política Internacional, 2/206-208, 2002.

⁴⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 81.

⁴⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 81.

esquecidas pode ser partilhada tanto por aqueles que aceitam a tese do paciente quanto por aqueles que a rejeitam.⁴⁶³ Porém, como declara a ilustre Ministra:

“A questão está em saber se, amparados nesta premissa, a de que existe apenas uma única raça humana, o comportamento imputado ao paciente não se poderia subsumir nos preceitos mediante os quais a Constituição Federal marca o repúdio, a manifesta aversão a absoluta inaceitação da nação brasileira ao preconceito dito racial, a ponto de tornar imprescritíveis as ofensas que tenham por móvel tal discriminação.

Tomada isoladamente tal premissa, a resposta é negativa.

Todavia, a existência de raças definidas é apenas um dos postulados da ideologia racista. E, com a acuidade científica deste postulado nunca estiveram preocupados os seus adeptos. Do ponto de vista da antropologia, o racismo é definido como a doutrina segundo a qual a raça (herança genética) ou o tipo físico geram cultura, ou seja, “tudo quanto seja não-biológico e socialmente transmitido numa sociedade, incluindo padrões de comportamento artístico, social, ideológico e religioso”

Portanto, quando se fala em preconceito de raça e quando a tanto se referem a CF e a lei, não se há de pensar em critérios científicos para defini-la — que já sabemos não os há — mas, na percepção do outro como diferente e inferior, revelada na atuação carregada de menosprezo e no desrespeito a seu direito fundamental à igualdade. Trata-se do preconceito feito ação.”⁴⁶⁴

Seu voto, novamente, evidencia a necessidade de adentrar numa análise da fenomenologia do racismo, a qual pode ser identificada na seguinte questão: “E, o que é um preconceito?”⁴⁶⁵

Ao citar Norberto Bobbio, a Ministra afirma que ele é uma opinião acolhida passiva e acriticamente e, que, por isso mesmo resiste a qualquer refutação racional. De igual modo, apresenta as três fases na construção do preconceito de raça, abaixo resumidas:

⁴⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 124.

⁴⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 124.

⁴⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 124.

“A primeira consiste num juízo de fato e na constatação da diversidade, que em si nada tem de reprovável. Ao anódino juízo de fato sobrepõe-se um juízo de valor que faz com que os diversos sejam colocados em patamares desiguais: um é bom, o outro mau; um é civilizado o outro bárbaro; um superior (em virtudes morais, em dotes intelectuais), o outro inferior. Até aqui, todavia, podemos nos encontrar no mero terreno do esnobismo e do provincianismo, das cliques e do sectarismo. É, entretanto, na terceira fase que o preconceito discriminatório torna-se socialmente nocivo e mesmo perigoso. É quando, segundo Bobbio, após as duas primeiras etapas, e com base na conclusão de superioridade, um grupo passa a considerar-se titularizado a comandar, dominar, submeter e, até mesmo eliminar o grupo que considera inferior. Ainda aqui é possível distinguir entre a atitude de superioridade que recomenda a "tutela" dos considerados inferiores, para fazê-los aceitar os princípios, o modo de vida, as crenças religiosas dos que se julgam superiores. Foi o que vimos ocorrer com os indígenas americanos ao longo da dolorosa Conquista. No campo político, portanto, a pretensa superioridade, tem sido a justificativa ética de todos os impérios coloniais. O mesmo Bobbio, citando agora Tzvetan Todorov, refere que "transformar, de modo indevido, em valores universais, os valores característicos da sociedade a que pertencemos, ainda quando esses valores nascem de costumes locais, particularísticos, com base nos quais é incorreto, para não dizer insensato e até mesmo ridículo, falar em nossa superioridade com respeito aos que pertencem a um grupo étnico de costumes diversos, igualmente particularísticos." Em sua forma mais virulenta, porém, o preconceito excludente, levado ao extremo, objetiva não a "conversão", mas a eliminação física, como no caso da "solução final" concebida e posta em prática pelos nazistas.”⁴⁶⁶

A forma de constatação da existência do preconceito racial contra os judeus utilizada pela Ministra Ellen Gracie foi o recurso a exemplos históricos. Na defesa explícita dessa metodologia, antes utilizada pelos demais Ministros, constata que: “Como não há compromisso com a correção biológica ou antropológica em suas afirmações, a ideologia do preconceito excludente permite uma riqueza enorme de exemplos em que se expõe, em toda sua extensão, a sua grande irracionalidade.”

⁴⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p 125-126.

⁴⁶⁷ Na mesma ocasião, valendo-se de relatos de Ingo Muller, expõe as armadilhas argumentativas da afirmação-negação da raça e da responsabilidade do poder judiciário neste contexto: (...) quando o orador nazista Bernhard Fischer afirmou, em reunião pública, que o chefe de polícia era um "judeu bastardo", foi absolvido pelo tribunal distrital de Neuruppin porque não se podia "reconhecer na afirmação de que alguém tivesse ascendência ilegítima judaica nenhuma expressão de desprezo".⁴⁶⁸

O Ministro Sepúlveda Pertence aderiu à tese da necessidade de adotar "um conceito sociocultural ou histórico-cultural de raça, pois o suposto conceito naturalístico de raça, conforme as argumentações precedentes, estaria desmentido pela ciência contemporânea. De igual modo, acompanhou a explicitação feita do paradoxo existente na "radical negação da existência de raças", que, conseqüentemente, esvaziaria, contra regras elementares de hermenêutica, todo o significado da norma do art. 5º, XLII, da Constituição".⁴⁶⁹ Logo, defendeu que se deveria partir:

"de um fenômeno histórico indiscutível, o racismo, para, então, verificar que o alvo do racismo não é necessariamente uma raça, como conceito antropológico, mas, sim, um grupo humano diferenciado, identificado historicamente e, historicamente, alvo do racismo. Certo, no Brasil — o voto do Ministro Carlos Britto o evidenciou com clareza exemplar — o termo racismo, na Constituição, é ambivalente. O seu objeto historicamente maior é claro: está na preocupação da civilização brasileira com a discriminação contra o negro, contra um preconceito de

⁴⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 127.

⁴⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 126-127.

⁴⁶⁹ O Ministro Sepúlveda Pertence, enfatizou sua discordância da inclusão no texto constitucional da imprescritibilidade por considera-la um "irracionalismo" que "serve a frases literárias para que "nunca mais seja esquecida" —, mas que é contra todas as razões humanísticas que levaram à prescritibilidade de todos os crimes a ser um valor universal do Direito Penal, desde a revolução liberal do iluminismo." O Ministro atribuiu à história política latino-americana o surgimento da cláusula da imprescritibilidade. Ela traduziria "uma pretensão — quiçá e muito provavelmente utópica — de garantir a repressão penal ao golpe de estado vitorioso, a qualquer tempo em que os seus autores sejam despojados do Poder que assaltaram. Aí, explica-se logicamente essa imprescritibilidade, pela absoluta impossibilidade de punirem-se os autores de um golpe vitorioso — e nisso a história latino-americana é rica —, enquanto estão no Poder." Dai ela teria sido projetada para a Constituição e, indignamente, para a Lei 7.716 e suas alterações, pois nesta haveria incriminações "que não têm, contudo, nem de longe, a grandeza e o relevo do golpe de estado vitorioso, cuja punição, quiçá utopicamente, a norma do art. 5º, XLIV, pretende garantir a qualquer tempo." SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.226.

cor e, portanto, contra um preconceito que se ajustaria à noção naturalística de raça (...)"⁴⁷⁰

O Ministro Nelson Jobin preocupou-se em demonstrar o paradoxo de uma argumentação que pretende compreender as relações entre raça e ordenamento jurídico a partir de uma definição pretensamente científica de raça.

Conforme o ilustre Ministro:

"Quero lembrar que a questão posta no habeas, com um condicional verdadeiro, é exatamente uma pergunta: sendo os judeus um povo e não uma raça, não estariam amparados pela Constituição Federal, no que se refere à imprescritibilidade do delito, ou seja, parte do pressuposto de que a expressão "racismo", usada na Constituição, teria a conotação de conceito antropológico que não existe? Ora, se partimos desse pressuposto como verdadeiro, o dispositivo da Constituição é inútil. A conclusão necessária é esta: não havendo raça, logo, não haverá a prática de racismo e não havendo isso, sendo impossível essa prática de racismo, porque não há sujeito da prática, as raças não existem, não teríamos aplicabilidade do texto." ⁴⁷¹

O vício dessa argumentação, como denuncia o Ministro, está em formular um conceito previamente e tentar fazer com que a realidade se subsuma a tal conceito:

"Toda tentativa que aqui se faça é muito aguda em teoria da linguagem, isto é, temos uma tendência, principalmente no ramo do Direito, dentre outras ciências, de tentar encontrar o significado das palavras no mundo, buscar certos objetos e deles extrair o conceito do significado da palavra. Tanto é que a grande tentativa definitiva de palavras se dá sempre pela tentativa de descrever algo no mundo. Se faço uma pergunta sobre o conceito ou definição de uma expressão como, por exemplo, "lápiz", poderíamos fazer uma definição ostentatória, quer dizer, ao mostrarmos o objeto, estaríamos aplicando a palavra sobre isso. Aí, no momento em que começarmos a definir a palavra, vem um velho vício que nos foi imposto pelo tomismo e pela escolástica de tentar descrever a essência da coisa, e a palavra está correta na medida em que essa definição tenha captado a essência da coisa. Assim, temos que inventar coisas no mundo para tentarmos dar significação às palavras.

⁴⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.226.

⁴⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p 83-84.

Esse compromisso realista da linguagem, típico da nossa cultura, nos leva a equívocos, porque, na verdade, temos determinados tipos de palavras que são, nada mais nada menos, regras ou expressões que têm, como finalidade, captar fenômenos sociais de comportamentos, mas não fatos e coisas. É exatamente o que se passa com essa expressão "racismo". Se ficássemos com o conceito antropológico, estaríamos liquidados." ⁴⁷²

O padrão de raciocínio do referido Ministro demonstra que, malgrado a raça não possa ser considerada um fato (objetivo), o racismo é um fenômeno real. A interpretação desse fenômeno é pragmática ou, como ele mesmo afirma "esta conceituação de racismo é claramente pragmática; vai se verificar caso a caso e ali vamos identificar se, efetivamente, estamos perante uma conduta ostensiva ou veladamente da prática do racismo, ou estamos em outro tipo de conduta." ⁴⁷³

Na confirmação de seu voto, insistiu que na constituinte estavam presentes outros grupos interessados ("minorias"), mas, sobretudo, que a norma não poderia ser uma barreira apenas contra os racismos passados, mas deveria ser também contra os racismos futuros. Em suas palavras: "Nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembléia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000." ⁴⁷⁴

O voto do Ministro Cezar Peluso, tendo em vista as digressões que o precederam foi um dos mais sintéticos desse julgamento. Não obstante, ele expressou uma das problemáticas mais evidentes no caso em tela, o uso pelo legislador de conceitos de uso corrente no cotidiano e na linguagem acadêmica. A adoção da palavra raça não pode ser identificada com a escolha pelo constituinte de um conceito técnico, segundo determinada acepção científica. Ao contrário, como já havia apontado o Ministro Nelson Jobin, o uso da expressão e sua identificação com a realidade é sempre contextual. Porém, o Ministro Cezar Peluso evidenciou que o

⁴⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p 84.

⁴⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p 84.

⁴⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p.216

conceito de raça pode e deve adquirir um sentido jurídico diante das finalidades de sua inscrição no texto normativo. Em suas palavras:

“Partindo do pressuposto de que, no campo científico pré-jurídico, ou extrajurídico, já não se reconhece hoje a existência de raças, senão de uma única raça, que é a humana, eu diria que, ainda quando essa não fora verdade científica estabelecida, o que sobretudo releva, no trabalho de interpretação da norma inserta no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal, é captar-lhe a idéia subjacente à base semântica do conceito de racismo, ou seja, a idéia do que significaria a palavra "raça", para efeito de inteligência e incidência dessa regra constitucional.

Ocorre-me ao propósito que, como as demais ciências, o Direito também tem suas próprias realidades, seus conceitos: o Direito cria, mediante múltiplas técnicas, como a ficção, por exemplo, as categorias e os termos exigidos pela operacionalidade do seu sistema, que é o de uma ciência prática. Em muitas matérias, a ciência jurídica apropria-se, no todo ou em parte, de conceitos, categorias, realidades e termos de outras ciências, incorporando-os ao mundo jurídico e ao sistema jurídico-normativo. E, nesses casos, é menos árduo o trabalho reconstrutivo do intérprete.

Ora, suposto seja ainda possível sustentar, do ponto de vista biológico ou genético, que existam raças, eu diria que, na hipótese, a Constituição não adotou nenhum rigoroso e puro conceito extrajurídico, senão que elaborou conceito próprio, isto é, um conceito normativo. E é com esta como especificidade operacional da Constituição, ao formular a noção de racismo, que deve o intérprete lidar e, lidar com redobrado cuidado, porque está diante da hipótese excepcional de uma modalidade de crime imprescritível. O ordenamento deu, com isso, manifesto relevo valorativo de vigoroso repúdio a um recorte da realidade histórica, que é fruto da crença político-ideológica na inata superioridade de alguns homens sobre outros, à vista das suas graves conseqüências sociais, ao negar-lhe à reprovação penal a aplicação da regra geral de prescritibilidade das pretensões, que serve à paz social.

O método exegético consiste, aqui, em retirar da Constituição mesma, mediante raciocínio que guarda alguma afinidade com a chamada "interpretação teleológica", o conteúdo nuclear do conceito jurídico-penal de racismo, no seu confronto com a gravidade da norma constitucional e os bens e valores jurídicos por ela tutelados.

Noutras palavras, eu concordaria, em termos, com o Ministro Nelson Jobim, no passo em que S. Exa. sustenta que a definição de racismo tem de ser pragmática. Mas, pragmática no sentido de atender a esse procedimento lógico-jurídico material de pesquisa da racionalidade da norma.

Parece-me claro que, nela, a Constituição tende, em última instância, a resguardar a integridade biopsicológica de grupos sociais diferenciáveis por caracteres físicos, religiosos, étnicos, de procedência ou origem, enquanto portadores de qualificações secundárias, mas capazes de fazê-los alvo cego dessa perversão moral, que é a ideologia racista, expondo-os, com o perigo de repetições históricas, a todas as manifestações concretas de discriminação e violência, as quais, porque atentam contra a dignidade das pessoas que os integram, põem em risco os fundamentos de uma sociedade que quer ser fraterna, plural e solidária.

Parece-me, com o devido respeito, não ser lícito, nessa moldura, emprestar sentido restrito ao termo "racismo", até porque, se doutro modo não se tornasse absolutamente inútil, como asseverou o Ministro Nelson Jobim, seria, quando menos, extremamente pobre, porque se limitaria a proteger conjuntos muito reduzidos de pessoas. Acho que não foi tão mesquinha a intenção objetiva da norma constitucional, que aparece, antes, extremamente generosa na tutela daqueles grupos humanos, porque, no fundo, o de que se trata é de preservar os fundamentos da República (art. 1º, II e III, da CF), preservando a integridade das pessoas, no que têm de substancial e universal, enquanto dotadas da mesma dignidade como iguais membros da raça, dessa orgulhosa raça humana."⁴⁷⁵

11.3 A DECISÃO DO STF E A DESIGUALDADE SOCIAL DOS NEGROS

Há nos votos proferidos e na decisão final parâmetros argumentativos que possam ser utilizados no intrincado tema das ações afirmativas para negros e na identificação dos beneficiários de tais políticas públicas destinadas a esse grupo? .

Inicialmente convém apresentar as principais teses vencidas: a) o caráter excepcional da imprescritibilidade do crime de racismo, aplicada apenas ao grupo negro, pois essa era a intensão do constituinte (Moreira Alves e Marco Aurélio),

⁴⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um Julgamento Histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 128-129.

excluindo-se a discriminação contra os judeus; b) a liberdade de expressão não deve ser limitada no caso analisado, ou porque não houve “prática de racismo” (Aires Britto) ou porque o ambiente de liberdade de expressão asseguraria uma reprovação social, remédio suficiente contra o tipo de conduta praticada (Marco Aurélio); c) no Brasil não haveria um ambiente social favorável à discriminação em relação aos judeus (Moreira Alves e Marco Aurélio), devido as provas concretas de sua integração (Marco Aurélio) ou a tradição brasileira de integração racial (Moreira Alves);

Os argumentos apresentados contra tais teses foram exaustivos, porém, alguns reparos poderiam ser feitos aos votos discordantes. Há, no Brasil, tradição de anti-semitismo, inclusive entre autores consagrados de nosso imaginário nacional. A tutela desse grupo, porém não poderia ficar adstrita a uma tradição exclusivamente nacional ou pretensamente genuína, pois, no caso do grupo judeu, sua perseguição integra a tradição ocidental na qual o país se insere. A tradição que deve prevalecer é a de repúdio ao antisemitismo, conforme os parâmetros internacionais de respeito aos direitos humanos, sobretudo quando se constata a influência de grupos radicais sobre jovens brasileiros, o que é facilitado com a globalização da comunicação e, conseqüentemente, das trocas culturais, sobretudo nas classes mais abastadas. Logo, há risco de que a propagação do antisemitismo se converta em atos de discriminação, sobretudo quando tais grupos estendem seu furor contra grupos específicos, tais como judeus, negros, homossexuais, ciganos.

Impedir a liberdade de expressão antisemita não é deflagrar uma campanha a favor da censura prévia de conteúdo, pois, nesse caso específico, e noutros de idêntica natureza, há um aprendizado histórico tão relevante quanto o da proibição de restrição da liberdade de expressão. Trata-se de adequar as normas relativas às liberdades de expressão apenas aqueles casos em que há uma adesão expressa do ordenamento jurídico a determinados valores que são referenciados por experiências históricas nas quais a própria liberdade de expressão foi utilizada como arma contra os direitos individuais. As ideologias dos totalitarismos já conhecidos não podem ser perdoadas ou esquecidas, alçando novos vôos nas democracias ocidentais. Isso não significa que se possa projetar e impedir que outras surjam. De fato, diante da dúvida deve prevalecer a liberdade de expressão, mas não há nada de duvidoso quando se considera a história ocidental em relação ao antisemitismo.

Os judeus são uma raça? A “racialização dos judeus” não pode ser tomada em contextos locais. Deve-se partir da premissa da presença do povo judeu na cultura ocidental e de que de forma, mais ou menos intensa, conforme o período histórico, as discriminações apareceram, muito embora sempre estivessem latentes. A própria facilidade de se encontrar relatos pseudo-científicos e registros históricos deturpados é sinal de que há munição de sobra para que se estruture com facilidade grupos antisemitas. Isso é enfaticamente presente no sul do país, onde tais grupos foram organizados e tiveram influência na composição das elites locais, mas que, infelizmente, não tiveram superado seu antisemitismo nem pela educação, nem pela repressão, nem pela passagem do tempo, havendo sempre netos e bisnetos de nazistas que ainda se orgulham de sua pretensa “nobreza ariana”. O ambiente de exaltação da presença dos colonos europeus que sempre foi um capítulo não debatido do elogio à “branquidade” contribui para garantir um substrato cultural no qual se reproduzem elementos racistas.

O que chama atenção no caso do grupo judeu e isso também pode ser dito de outros grupos discriminados é a maior ambigüidade da sua posição na estrutura de preconceitos raciais de nossa sociedade quando se considera as relações raciais entre brancos e negros. Se é verdade que nem todos os judeus são brancos, não menos verdadeiro é que os judeus são identificados com o grupo branco. Ou seja, o grupo judeu pode ser discriminado pela sua condição de judeu, mas quando isso não ocorre é porque ele é identificado com os valores positivos da “branquidade”. O preconceito contra os judeus é distinto porque sua base ideológica deve aceitar a um só tempo que o judeu está incluído “entre os brancos”, ou seja, em nível superior, e ao mesmo tempo, é visto como um inferior como o negro. Logo, ao contrário do grupo negro em que o preconceito é manifestado de cima para baixo na escala social, o preconceito contra os judeus deve se manifestar como um preconceito de baixo para cima ou de igual para igual. Logo, pode assumir, em alguns momentos, o sedutor discurso do reformismo populista contra uma parte da elite transformada em “bode expiatório” da exclusão social. Desse modo, os judeus podem ser identificados com a corrupção das elites, no mesmo passo em que os negros são identificados com a incapacidade do povo, restando aos descendentes de colonos brancos ou aos “embranquecidos” a identificação com um lugar

privilegiado para contribuir com o desenvolvimento social, embora “vítimas” ora da “ganância” de uns ora da “incapacidade” de outros.

Caberia perguntar de que vale proceder a uma comparação entre o preconceito contra os negros com aquele manifestado contra os judeus? Ou ainda, de que valeria, no plano da interpretação das normas constitucionais, a comparação entre formas diversas de preconceito?

Como se pode ler nos votos acima resumidos, esse foi o caminho seguido pelas posições contrárias a aceitação da tese de que o racismo poderia ser praticado contra os judeus. Ao inverso, os Ministros que se manifestaram a favor da aplicação para as condutas antisemitas da cláusula da imprescritibilidade tenderam a formular uma concepção “universalista” do lugar de vítima potencial do preconceito ou da discriminação racial. Não obstante, se a primeira interpretação erra ao não incluir os judeus como um grupo racializado, a segunda pode levar a conclusão de que todas as formas de preconceito ou de discriminação são raciais, o que não é verdade. A racialização de determinado grupo social, inclui, seguramente, os judeus, os negros, os índios e os ciganos, podendo ser estendida a outros grupos desde que em relação a estes se estabeleçam processos sociais semelhantes aqueles ocorridos com os grupos citados. A discriminação baseada na raça não é um conceito vazio capaz de abarcar todo e qualquer grupo ou indivíduo discriminado. Portanto, há relevância na distinção entre “outras formas de discriminação” que devem ser punidas na forma da lei e o “crime de racismo” que é imprescritível. Nem toda a discriminação é imprescritível, embora toda discriminação possa e deva ter respostas adequadas que manifestem o repúdio da sociedade.

Apesar dessa ressalva, a posição universalista é um remédio as tentativas de minimização dos parâmetros de aferição a partir de uma pretensa concretude. De modo direto, em nenhum momento se argumentou que a posição social, os padrões de renda, dos indivíduos judeus seriam um obstáculo para o reconhecimento de que eles eram vítimas potenciais do antisemitismo. Isso porque o que está em questão quando se debate uma forma de discriminação não é a plêiade de mecanismos de fuga ou as formas de compensação que um membro de determinado grupo social desenvolve para minimizar os as práticas ou os efeitos das discriminações. Ao contrário, o ponto de partida da dignidade humana, em seu acento universalista, impõe que se considere o fato de que aquele dado (a condição de judeu) está sendo

violado, ainda que outras formas de desigualdade social não estejam sendo consideradas. O debate em torno da discriminação contra os judeus demonstra a impossibilidade da objeção de que sendo rico e negro um indivíduo não está sendo discriminado. Isso porque a pergunta sobre a dignidade não é se ele é rico, mas se a condição de negro representa desvantagens sociais, ou melhor, se ele é afetado por formas de representação que violam a sua igualdade civil – moral (Ayres Britto). Está em jogo não o plano das exceções, mas das violações sistemáticas que recaem sobre um grupo social.

Ademais, o que se deve evitar na compreensão das discriminações e preconceitos é o jogo da diferença que evita a universalização dos direitos. O maior obstáculo ao combate a intolerância é que o jogo da diferença é uma tendência latente em sociedades nas quais as desigualdades são generalizadas. Afirmar que o negro é mais ou menos discriminado não pode ser um pressuposto para negar ao grupo dos homossexuais a garantia de seus direitos fundamentais, ou vice-versa. Corre-se o risco de, a pretexto de manipular os conceitos de preconceito, discriminação e racismo, se intentar uma equação inadmissível, pois o parâmetro é sempre a extensão da Dignidade Humana a todos e não pode ser a dignidade em relação num jogo de soma negativa que diminua direitos.

De outra parte, a advertência minoritária do simbolismo da criminalização e da imprescritibilidade do racismo deve ser considerada, pois ele pode gerar efeitos deletérios na interpretação desse fenômeno e nas diversas possibilidades de intervenção jurídica.

A lei penal é um instrumento apto a garantir a tutela de bens ou valores que são lesados “no atacado” e não apenas no varejo? Em outras palavras, a lei penal, de forma isolada é capaz de coibir práticas sociais disseminadas que não são apenas atitudes individuais isoladas? É vantajoso do ponto de vista político reduzir as hipóteses de racismo à lei penal? A Constituição, ao afirmar que o racismo é crime deve ser interpretada no sentido de que o único instrumento disponível para impedir a manifestação do racismo em nossa sociedade são as normas proibitivas? Por fim, aquilo que a lei penal define como crime corresponde às formas de manifestação do racismo na sociedade brasileira?

A resposta positiva a esta última questão, por exemplo, representa uma forma de violação da dignidade humana de milhares de brasileiros afetados formas difusas

de preconceito que não estão definidos ou não poderiam ser combatidos com institutos penalizadores. Ao contrário, esta pergunta deve ser formulada a partir da análise histórica da criação e da aplicação das leis anti-racistas do ponto de vista das ideologias raciais e das demandas por direitos dos grupos discriminados em comparação com o seu âmbito de incidência. Por que foram criadas as leis anti-discriminatórias no país? Elas atenderam os anseios de igualdade dos grupos discriminados? Como elas foram utilizadas para garantia e para negação dos direitos desses grupos?

Nesse sentido, a história dos institutos da criminalização e imprescritibilidade do racismo não está na Constituição de 1988, mas de 1946. Como esclarece Abdias do Nascimento:

“Quando o Brasil escrevia sua nova Carta Magna em 1946, o Teatro Experimental do Negro TEN organizou a Convenção Nacional do Negro Brasileiro, que reuniu no Rio de Janeiro e São Paulo centenas de militantes provindos de vários estados. A Convenção encaminhou à Assembléia Constituinte um projeto de inclusão na nova Constituição de medidas e dispositivos antidiscriminatórios. Para justificar sua recusa da proposta, os parlamentares alegaram uma suposta falta de “casos concretos”, como se a discriminação racial não existisse no Brasil. O TEN se dedicou, então, à missão de tornar visível essa prática. No ano seguinte, quando a antropóloga negra Irene Diggs foi barrada no Hotel Serrador do Rio de Janeiro, o TEN mobilizou a imprensa denunciando o incidente. Pouco tempo depois, o Hotel Esplanada de São Paulo recusou lugar a Katherine Dunham, e novamente o TEN agitou a imprensa.

Diante desses fatos, alguns parlamentares ocuparam a tribuna com discursos antiracistas, e um pouco mais tarde o deputado Afonso Arinos apresentou seu projeto de lei que definia como contravenção penal algumas formas de discriminação racial. Na apresentação do projeto de lei, ele citava o caso Dunham como um dos fatores que o motivou a fazer a proposta. Mas os políticos que tanto protestaram contra os “casos concretos” de racismo não tardaram em denunciar o perigo apresentado pela existência das entidades negras que os trouxeram a público

(leia-se o TEN). O então deputado Gilberto Freyre declarou que estariam sendo criados 'dois racismos no Brasil'." ⁴⁷⁶

A Lei Afonso Arinos resultou, de um lado, das pressões sociais dos negros que se viram discriminados no acesso a lugares em toda a primeira metade do século XIX. De fato, a integração do negro em espaços comuns não se deveu a nenhum ethos natural do povo, mas a inúmeras lutas anônimas que nossa história racista ofuscou. De outro lado, o componente racista dessa história se manifesta na inversão do espaço de conquista em um traço de natureza racial que serve para refazer a inferiorização dos negros ou na inclusão desses espaços como exemplos do caráter integrado de nossas instituições. Em inúmeras versões do mesmo dito se afirma que o "negro somente serve para futebol ou para cantar pagode". Ou em outra frase comum de que "o futebol é o esporte nacional" ou de "um país de todas as raças". Contudo, tanto o futebol (e os esportes em geral) quanto as atividades artísticas foram inicialmente espaços sociais segregados que somente foram "abertos" após décadas de lutas individuais anônimas e manifestações dos grupos políticos negros. A Lei Afonso Arinos serviu para incluir as demandas de integração que já estiveram presentes antes de mesmo de sua criação.

Por sua vez, não se pode reduzir o racismo a uma definição jurídico-penal, pois combate ao racismo não pode ser interpretado pela norma infraconstitucional, ao contrário, deve-se partir do texto constitucional e das normas de direito público internacional. A criminalização do racismo não representa o ápice da tutela jurídica, mas um limite tanto porque deve ser utilizada em situações extremas quanto pelo fato de que sua excepcionalidade possui baixa eficácia social.

Se a tutela penal não é adequada para a garantia da dignidade humana dos negros, mas tão somente para atingir, eventualmente, um pequeno número de vítimas individuais ela poderia ser um instrumento positivo para configuração das políticas de ação afirmativa a serem implementadas pelo Estado brasileiro porque as "queixas" daqueles que se sentem discriminados contém elementos do processo de racialização que se estabelece contra os negros em nossa sociedade. Nelas encontram-se exemplos de discriminação que permitem compreender quem são os

⁴⁷⁶ NASCIMENTO, Abdias; NASCIMENTO, Elisa Larkin. Mercedes Baptista – A Criação da Identidade Negra na Dança. Disponível em: http://www.palmares.gov.br/_temp/sites/000/6/download/brasil/artigo-danca-01.pdf. Acesso em: dez/2010.

destinatários de ações negativas e o que fazem os agressores identificarem as vítimas como negros.

Aliás, nos votos vencidos e majoritários há dois pontos em comum que merecem destaque. Primeiro, o de que o conhecimento científico da igualdade humana não é suficiente para evitar os atos de discriminação, o preconceito, o racismo. Segundo, que, no caso dos negros, o processo de racialização se dá a partir de traços identificados como físicos.

Quanto a este último aspecto, tanto uma concepção da existência das raças, conforme o léxico ou a linguagem comum quanto aquela que incorpora o caráter sociológico e dinâmico da sua construção não podem abandonar o fato de que, no caso dos negros, a valoração racista se dá a partir de características físicas. Somente esta premissa permite explicar no texto constitucional a inclusão do termo “preconceito de cor”. Como argumentou o Ministro Ayres Britto a noção de preconceito racial, inclui os negros, mas a presença da expressão preconceito de cor é uma referência direta ao preconceito contra os negros, ou, como pretendeu o Ministro Moreira Alves, aos “tipos raciais intermediários”. De qualquer modo, a noção de preconceito de cor é um evidente afastamento da idéia de que uma definição social de raça negra no Brasil seja dependente de uma regra de ascendência racial e, sobretudo, de que a não validade de uma regra de ascendência nos processos de racialização signifique a ausência de preconceito contra determinados indivíduos que, em sua aparência, sejam identificados com características físicas supostamente próprias dos negros.

12 Conclusão

No amplo espectro de normas constitucionais que se referem ao debate sobre a denominada questão racial presentes na Constituição de 1988 (Preâmbulo, Princípios Fundamentais da República, Objetivos Fundamentais da República, Direitos e Garantias Fundamentais, Ordem Constitucional da Cultura e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), a leitura sistemática dos dispositivos constitucionais permitem concluir que o tratamento da socio-bio-diversidade presente no grupo semântico da palavra raça pode ser agrupado em três princípios:

Princípio da Não-discriminação Racial que consiste no repúdio das teorias de supremacia racial e das práticas racistas, da “discriminação racial”, “em todas as suas formas e manifestações”, enfim, na proibição de se usar a raça para hierarquizar diferenças, criando desigualdades;

Princípio do Pluralismo/Diversidade Racial que consiste na defesa da diversidade como realização da Dignidade Humana e da Solidariedade, enfim, na defesa das diferenças como expressão de uma identidade positiva (re) construída, condição de possibilidade de viver, mediante a reapropriação e redefinição, individual e coletiva, de uma história de desigualdades e de possibilidades;

Princípio do Combate à Desigualdade Racial que consiste na obrigação de combate às desigualdades sociais que se estabeleceram historicamente entre os diversos grupos raciais, enfim, igualdade racial como direito individual e coletivo que pretende a superação da relação da diferença e da identidade com a desigualdade racial.

Não discriminação, afirmação da diversidade e combate à desigualdade social resumem o cerne do tratamento dado ao tema “raça” no âmbito constitucional. Seguramente, ele transita no espaço conceitual do Direito à Igualdade. Todavia, a Igualdade construída nos termos do Estado Liberal ou do Estado Intervencionista é menos do que a Igualdade que emerge na Constituição de 1988 posto que fruto da democratização de uma sociedade periférica marcada pelo trauma da escravidão e pela heterogeneidade de populações.

Afirmar que a Constituição proíbe políticas de ação afirmativa para o grupo negro porque a raça não pode ser utilizada como padrão discriminatório é interpretar a Constituição sem considerar os demais princípios, dando interpretação às avessas às lutas sociais que conduziram ao repúdio do racismo legal em nosso país.

Como se afirmou, na proposta de programas de ação afirmativa para negros no acesso ao Ensino Superior não há inconstitucionalidade por lesão ao Princípio da Isonomia⁴⁷⁷ porque:

⁴⁷⁷ A igualdade formal não perde sua força vinculante pois: “O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação,

Em primeiro lugar, a diferença entre negros (afro descendentes, pretos e pardos) e outros grupos raciais não está na raça, mas, tão somente, na discriminação social sofrida por indivíduos que possuem aparência negra.

Em segundo lugar, o critério de diferenciação não é a raça como uma essência, mas a raça como um fator que indica o pertencimento a uma comunidade de excluídos.

Em terceiro lugar, a finalidade da diferenciação não é valorizar a raça como valor de hierarquização social, mas compensar a discriminação sofrida pelos racialmente identificáveis e evitar os efeitos negativos dessa identificação em relação a todos os grupos sociais.

Em quarto lugar, elas são compatíveis com os valores constitucionais que pregam o combate ao racismo e rejeitam as desigualdades dele advindas, buscam promover o combate às causas da desigualdade social, reconhecem o caráter multirracial da sociedade brasileira e a trajetória concreta de exclusão de determinados grupos, defendendo a diversidade e a fraternidade como elementos estruturantes.

Por fim, as diversas formas de recurso à história como fundamento das decisões (uma história da intenção do constituinte ou uma história dinâmica em relação ao marco dos direitos humanos) inclui o reconhecimento do racismo contra os negros. Todavia, é a abertura do marco normativo de direitos humanos que explicita o compromisso com a impossibilidade de negação ou minimização da escravidão e do genocídio. Em outras palavras, assim como o holocausto judeu a escravidão negra, numa perspectiva do direito como integridade, requer que o intérprete considere o valor do passado na violação dos direitos humanos e a relevância das posições que a ele se opuseram, tema que será retomado no decorrer do próximo capítulo.

Nos capítulos seguintes enfrentam-se dois problemas da história de uma liberdade a partir da diversidade. A identificação da luta pela liberdade com o medo da ruptura social, tema que permeia o discurso autoritário nacional quando se

responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade." (MI 58, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-1990, Plenário, DJ de 19-4-1991.)

pretende reconhecer aos negros o igual respeito e consideração, aceitando-se a possibilidade de construção social de uma identidade negra. E a identificação da diversidade com a ideologia da nação mestiça que pretende o esvaziamento da participação política dos negros num ethos social pré-político.

CAPÍTULO III: O PLURALISMO E O USO DAS NARRATIVAS SOBRE A HISTÓRIA CONSTITUCIONAL: O MEDO DA LIBERDADE DOS POVOS DA DIÁSPORA NEGRA E DAS POPULAÇÕES ORIGINÁRIAS DAS AMÉRICAS COMO PROBLEMA DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL

“Três causas tem nesta nossa República, os que se chamam Senhores, para a grande distinção que fizeram entre si, e seus Escravos. O Nome, a cor, e a fortuna. O nome de Escravos, a cor preta e a fortuna de Cativos, mais negra que a mesma cor.” (Padre Antonio Vieira, Sermão 20º do Rosário)⁴⁷⁸

“Nossas vítimas nos conhecem por suas feridas e seus grilhões; é isto que torna o seu testemunho irrefutável. Basta que nos mostrem o que fizemos delas para que conheçamos o que fizemos de nós.” (SARTRE, Jean-Paul. Prefácio. In: FANON, Frantz. Os condenados da Terra. Trad. de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 8).

1 Introdução

O presente capítulo pretende compreender as limitações impostas ao reconhecimento de direitos para as populações negras a partir da crítica de uma narrativa que consolidou a representação do Estado nacional brasileiro, minimizando os seus elementos fundamentais: o colonialismo, o genocídio, a escravidão, a diáspora negra e o racismo.

É, especificamente, a representação da liberdade dos negros (e da igualdade, no sentido anteriormente atribuído) que importa nesta tentativa. Trata-se de refletir sobre a construção nacional da forma constitucional a partir das lutas sociais que

⁴⁷⁸ Citado por: VILELA, Magno; VIEIRA, Antônio. Uma Questão de Igualdade – A Escravidão Negra na Bahia do Século 17. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997. p. 129.

marcaram as sociedades periféricas. Enfatiza-se o aspecto da representação da participação popular como traço essencial de estratégias que justificaram um duplo movimento de negação: a) dos ideais de universalização de direitos explícitos ou implícitos nas práticas de resistência das populações negras; b) da emergência de formas culturais não européias - não necessariamente “originalmente” africanas, mas quase sempre transculturais - que representavam as tentativas de adaptação e redimensionamento do horizonte existencial diante das diversas formas de opressão as quais tais populações foram submetidas; Por fim, a servir de amalgama a essas duplas negações, os “espectros constitucionais”, ou seja, as representações, no imaginário coletivo e dos intelectuais, sobre esses grupos sociais excluídos quando empreendiam lutas sociais por direitos nesse duplo sentido negado, compõem o elemento mais marcante do constitucionalismo nacional.

Trata-se, neste passo, de sugerir que a luta interpretativa a ser travada a propósito da Constituição de 1988 deve considerar que o texto constitucional não criou apenas novos nomes ou regras pontuais sobre setores específicos, como a organização da cultura, e tampouco tais expressões são penduricalhos de uma Constituição assistemática ou textualmente excessiva. Ao contrário, representam a eclosão de processos históricos em que sujeitos coletivos conseguem transpor e fazer transbordar as limitações culturais do constitucionalismo ocidental e inscrever-se na categoria povo soberano.

A referência à história para os negros não corresponde à referência de como a categoria negro foi formada, como se a história dos negros e do discurso sobre a negritude fosse um processo biológico. Ao contrário, é a de como a categoria negro se entrelaçou com a idéia de uma desigualdade, e, na luta contra essa desigualdade, numa referência a uma identidade. A relação entre diferença/desigualdade e identidade/igualdade relativas aos negros está marcada pela disputa em torno da liberdade e, mais especificamente do medo construído em razão do potencial transformador da liberdade. Da compreensão dessa disputa decorre a passagem da representação pública da condição de negro-escravo e sua transformação, pela auto-organização, em cidadão-negro. É esta história que deveria vincular as interpretações da Constituição brasileira quando se considera a o surgimento do grupo negro como sujeito de direitos, reivindicante de políticas públicas específicas.

O presente capítulo reconsidera as lutas pela liberdade, promovidas por escravos negros e libertos, como um ponto de partida capaz de permitir a compreensão do significado das normas constitucionais que, no presente, referem-se à proibição do racismo, à diversidade racial e étnica da população brasileira, e, especificamente, como se aborda no capítulo final, às políticas de ação afirmativa que tendem a promover o igual respeito e consideração da sociedade brasileira não apenas para com as populações negras, vítimas da discriminação racial, mas também para com sua própria trajetória de uma sociedade marcada pelo pluralismo das formas de vida social.

Num primeiro momento, trata-se de debater os pressupostos teóricos do uso da história para a narrativa constitucional. Qual história? Como a história pode ser relacionada com as soluções constitucionais? Bastaria fazer referência a uma história dominante que se ajustou à narrativa do Estado-Nação quando se consideram grupos historicamente excluídos? Ou, ao contrário, seria necessário rever, interpretativamente, o senso comum a partir de um ponto de vista universalisante, para além das tradições locais, reinserindo o tema da cidadania como finalidade da história constitucional? A oposição entre uma tradição local e outra universal é adequada para a referência à história feita pela interpretação constitucional? Em que sentido, dimensões locais são universais?

Num segundo momento, trata-se de debater os vínculos entre o surgimento do Estado Moderno e o processo colonialista, aproximando (e distanciando) a luta contra a opressão do Estado Absolutista da luta anticolonial na formação do Estado Independente. No mesmo passo, de considerar como o modelo de Estado Liberal estrutura a temática do medo (do outro, da diferença, da mudança), abordando a Revolução Francesa e a reação que lhe seguiu como uma inflexão concreta da temática dos limites à liberdade e do medo, e de seu uso pelas massas populares. A seguir de recuperar o papel da Revolução de São Domingos nos modos como as percepções sobre a liberdade e o medo relacionados aos indígenas e negros foram comunicados e interpretados e a partir de quais referências elas integram a história da consolidação dos Estados Independentes.

Por fim, a partir das pesquisas de Susan Buck-Morss, volta-se a Hegel, filósofo que está na origem das atuais disputas em torno da política de reconhecimento, mas também da possibilidade de uma história universal, para

propor a questão de como a construção da idéia de liberdade e da reação à liberdade dos povos não europeus conduz a uma história que retira as revoltas negras do curso da história e as enclausura na desrazão. Retoma-se, neste passo, algumas dessas questões na história constitucional brasileira com o fim de demonstrar, a um só tempo, quais os elementos negados na narrativa sobre o Estado-Nação e como eles são afirmados numa constituição pluralista, interpretada a partir da noção de direito como integridade. Especificamente, como quilombos, história dos movimentos de resistência escrava e manifestações culturais afro-brasileiras foram momentos decisivos da história constitucional brasileira como elementos negativos, elementos contra os quais um poder constituinte sem legitimidade organizava a distribuição de direitos, e, sobretudo, como aquilo que soa particularizante é, de fato, a realização dos ideais universalisantes de igualdade e liberdade.

Enfim, essa trajetória permite compreender porque as demandas dos cidadãos negros são interpretadas, no senso comum pós-colonial, como uma ameaça, e, ao mesmo tempo propor que, ao invés dessa interpretação se deva considerá-las como um dos momentos mais significativos de reconstrução dos princípios da liberdade e da igualdade. Em outras palavras, o imaginário do medo relativo às cotas raciais oculta a dimensão, produtiva e necessária, da revisão da identificação do constitucionalismo brasileiro para com sua trajetória de densificação negativa e excludente da igualdade racial e da liberdade negra. Dimensão que não leva ao particularismo, mas à universalidade, entendida como produção de um universal concreto que redimensiona os limites excludentes de uma universalidade formal.

2. Negação da Liberdade e Naturalização das Desigualdades

Para que se possa fixar o sentido do que se propõem alguns exemplos americanos e brasileiros sobre a participação popular das populações negras são necessários, pois eles sugerem diferentes modos de integrar tais reivindicações no plano da democracia procedimental ou de excluí-los.

Os dois primeiros ilustram o caráter diacrônico das demandas por direitos quando se consideram grupos sociais específicos como os negros nos Estados Unidos.

Como se sugeriu, nos capítulos anteriores, a liberdade disciplinada alcança seu limite histórico mais conhecido nos movimentos civis dos anos de 1960. Era o início de um processo que se estenderia em termos dramáticos no contexto político da Guerra Fria. Nesse período, a emergência da liberdade foi retratada de modo paradoxal: ora era uma ameaça às formas de vida tipicamente burguesas ora marcas da decadência burguesa, e, até mesmo, ameaça comunista ou capitalista no âmbito interno dos países dos dois blocos econômicos.

No caso americano, onde as denúncias sobre racismo alcançaram maior publicidade mundial a partir da década de 1950, o par liberdade/impessoalidade pressupôs a criação de um espaço privado para expressão das diversidades religiosas e um espaço público identificado com um espaço imune à apropriação por particularismos. Esse mecanismo servia, paradoxalmente, para impedir a projeção de formas de vida dominantes sobre grupos minoritários, muito embora não tenha impedido o desenvolvimento de práticas de ingerência privada como as campanhas de eugenia e a proibição de casamentos interraciais.⁴⁷⁹ De qualquer modo, a liberdade dividida se inseria numa tradição em que grupos religiosos dissidentes, fundadores da nação, haviam experimentado a repressão política de um Estado identificado com uma religião oficial.

A trajetória de uma sociedade de colonizadores ingleses em busca da liberdade e de uma estrutura econômica social fundada no passado escravista e colonialista, e na imigração provinda de outros países, fez com que, desde logo, a opressão racial fosse alvo de contestação sobre os limites de uma integração que partia de uma identidade pré-jurídica, nacional, que pregava o sucesso pelo esforço pessoal na terra prometida. As tradições de auto-organização local e de associativismo, sobretudo religioso, engendrou demandas por parte de grupos minoritários que, em nome do universalismo da mensagem cristã e dos fundadores da nação, contestavam o fechamento do sistema de direitos criados pelo grupo protestante, inglês e branco. As vozes dos líderes negros, em nome do

⁴⁷⁹ Sobre a história da eugenia nos EUA: BLACK, Edwin. A Guerra Contra os Fracos. A Eugenia e a Campanha Norte- Americana Para Criar Uma Raça Superior. São Paulo: A Girafa, 2003.

universalismo, demonstraram o particularismo da estrutura real da sociedade americana.

A história das mudanças jurídicas no tratamento dos negros americanos é razoavelmente descrita na literatura brasileira com enfoque para as decisões da Corte Constitucional.⁴⁸⁰ Todavia, essa descrição perde em muito quando não se faz referência ao processo de conquista de direitos no qual os negros aparecem como protagonista da construção do constitucionalismo americano.

Inicialmente, os pontos de partida, o ideal de uma sociedade de homens livres iguais e a mensagem do Messias sobre a liberdade dos povos do cativo, são ameaças contundentes à retórica da identidade americana. O discurso de Frederick Douglass, ativista negro, proferido em Nova Iorque, em 1852, "Sobre o significado do Quatro de Julho para o negro", expunha as fraturas da interpretação da Constituição Americana como um documento que expressava os anseios de uma comunidade que possuía uma identidade étnico-racial em razão da forma como o ideal de liberdade era interpretado em termos raciais e como atributo dos proprietários:

"Concidadãos. Perdoem-me e permitam-me perguntar por que sou convocado para falar aqui hoje. O que eu, ou aqueles a quem represento, têm a ver com vossa independência nacional? Os grandes princípios de liberdade política e de justiça natural, incluídos na Declaração da Independência, foram estendidos a nós? E eu, em consequência, sou convocado para depositar nossa humilde oferta no altar nacional, para reconhecer os benefícios e expressar profunda gratidão pelas bênçãos que resultam para nós de vossa independência?... Pois vossa independência apenas revela a incomensurável distância que existe entre nós. As bênçãos com que vos rejubilais hoje não são gozadas em comum. A rica herança de justiça, liberdade, prosperidade e independência, legada por vossos pais, é compartilhada por vós, não por mim. A luz do sol, que trouxe para vós cura e iluminação, para mim trouxe apenas chicotadas e morte. Este Quatro de Julho é vosso, não meu. Vós podeis rejubilar-vos, eu devo prantear... O que é, para o escravo americano, o Quatro de Julho? Respondo: um dia que revela para ele, mais do que todos os dias do ano, a imensa injustiça e crueldade de que é vítima

⁴⁸⁰ Sobre a Suprema Corte Americana e as leis raciais veja-se: BLACK, Edwin. A Guerra Contra os Fracos. A Eugenia e a Campanha Norte- Americana Para Criar Uma Raça Superior. São Paulo: A Girafa, 2003.

constante. Para ele, vossa comemoração é impostura; vossa alardeada liberdade, licenciosidade ímpia; vossa grandeza nacional, inexcedível vaidade; vossos brados de júbilo são vazios e insensíveis; vossa denúncia da tirania, uma impudência; vossos gritos de liberdade e igualdade, uma zombaria oca; vossas preces e hinos, vossos sermões e ações de graça, com todas vossas solenidades e paradas religiosas, são para Ele apenas atos bombásticos, fraude, engano, impiedade e hipocrisia, um véu ténue encobrendo crimes que desgraçariam uma nação de selvagens. Não existe sequer uma nação sobre a terra culpada de práticas mais chocantes e sanguinárias do que aquelas que são-exercidas pelo povo dos Estados Unidos nesta hora em que vos falo." ⁴⁸¹

Antes, no início de seu discurso, havia dito algo ainda mais contundente sobre o discurso dos patriarcas da independência:

"Concidadãos. Não falto ao respeito em relação aos pais desta república. Os signatários da Declaração da Independência eram homens de valor. Eram também grandes homens, suficientemente grandes para marcar uma grande época. Não é sempre que acontece a uma nação abrigar, em um único momento, numero tão elevado de homens verdadeiramente ilustres. O ponto de vista sob o qual me vejo obrigado a encará-los não é certamente o mais favorável e, no entanto, não posso contemplar seus grandes feitos sem que deles me admire. Foram estadistas, patriotas e heróis e, pelo bem que fizeram e pelos princípios por que se bateram, unir-me-ei a vós a fim de reverenciar sua memória." ⁴⁸²

Ao mesmo tempo, conferia um sentido mais amplo ao texto constitucional para, em nome da liberdade ali matizada, opor-se à escravidão. Assim dizia: "Interpretada como se deve, a Constituição é um glorioso documento de liberdade. Lede seu Preâmbulo, examinai seus propósitos". E completava, demonstrando a necessidade de vencer o particularismo:

"há forcas em ação que devem .inevitavelmente trabalhar pela supressão da escravidão. Eu, portanto, paro onde comecei, com esperança. Enquanto me encorajo com a 'Declaração da Independência', os grandes princípios que ela

⁴⁸¹ DOUGLASS, Frederick. Sobre o significado do Quatro de Julho para o negro (Nova Iorque, 1852). Citado por GENOVESE, Eugene Dominick. Da Rebelião à Revolução: as revoltas de escravos negros nas Américas. São Paulo: Global, 1983, p. 123, 124 e 125.

⁴⁸² DOUGLASS, Frederick. Sobre o significado do Quatro de Julho para o negro (Nova Iorque, 1852). Citado por GENOVESE, Eugene Dominick. Da Rebelião à Revolução: as revoltas de escravos negros nas Américas. São Paulo: Global, 1983, p. 123.

contém e o espírito das instituições americanas, minha alma se rejubila com as tendências óbvias desta era".⁴⁸³

Por sua vez, Mater Luther King, um século depois, em texto intitulado "A Revolução Negra, Por que 1963?", deteve-se em explicitar as razões pelas quais aquele ano seria lembrado pelas gerações seguintes como o ano da emancipação negra, trazendo elementos que distam da repetida referência quer da presença de idéias separatistas entre os negros americanos quer do papel central conferido à Corte Constitucional e ao governo americano na desegregação e na criação de políticas compensatórias.

Mater Luther King iniciava seu discurso, destacando a surpresa da sociedade americana com o "espetáculo do negro revoltado":

"Pela primeira vez, na longa e turbulenta história da nação, quase mil cidades foram mergulhadas no tumulto civil, a violência fervendo apenas abaixo da superfície. A exemplo da Revolução Francesa de 1789, as ruas se haviam transformado em campo de batalha, como acontecera em 1830, durante o tumultuoso movimento Cartista, na Inglaterra. Houve o mesmo que nessas duas revoluções: um grupo social, humilhado, impelido por uma necessidade fervente de justiça, levantando-se de repente, movendo-se com determinação e um nobre desdém pelo risco e pelo perigo, desencadeou uma revolta tão poderosa a ponto de abalar uma enorme sociedade que jazia segura em seu conforto.

(...)

Tal como o relâmpago que não produz barulho até atingir o alvo, a Revolução Negra se formou silenciosamente. Mas, quando eclodiu, o raio revelador de sua força e o impacto de sua sinceridade e fervor demonstrara uma intensidade apavorante. Trezentos anos de humilhação, de abuso e miséria não pode ecoar através de sussurros.

Visto que há mais para acontecer, que a sociedade americana está pasmada com o espetáculo do negro revoltado: que as dimensões são vastas e as implicações, profundas, numa nação com vinte milhões de negros, é importante compreender a história como está sendo feita hoje."⁴⁸⁴

⁴⁸³ DOUGLASS, Frederick. Sobre o significado do Quatro de Julho para o negro (Nova Iorque, 1852). Citado por GENOVESE, Eugene Dominick. Da Rebelião à Revolução: as revoltas de escravos negros nas Américas. São Paulo: Global, 1983, p. 123, 124 e 125.

⁴⁸⁴ KING, Mater Luther. A Revolução Negra; Por que 1963? In: Luther King, o Redentor Negro. São Paulo: Martin Claret, 1996. p. 28-29.

A frase tem mais valor pela disposição de alguns elementos do que apenas pela eficiência retórica. Nela se constata: que a sociedade americana habituara-se a formas de opressão em que havia a expectativa da submissão dos negros; que a revolta negra alcançara dimensões de espetáculo, vale dizer, era representada diante de toda a sociedade, numa referência ao papel da televisão que podia universalizar e aproximar as tensões daquelas eventos; que a revolta negra assemelhava-se a outras, como a Tomada da Bastilha, mas, ao mesmo tempo ocorria em todas as cidades, vale dizer, a revolta não atacava um centro que representava o Poder Absolutista, mas cidades, imprimindo à ação local uma dimensão nacional, e interna à sociedade civil; que a revolta nascia de um grupo social que definia sua situação social e política a partir da noção de humilhação, ou seja, o componente do sofrimento subjetivo que pode se referir a formas de exclusão não apenas econômicas, mas de tratamento, respeito, consideração; que este grupo agia não em nome da certeza de uma ação planejada na esfera política que lhe garantiria a vitória, ou seja, reconhecia que o sistemas político e jurídico restringiam as suas chances de vitória, mas aceitava o risco, e portanto, estava disposto a impelir os limites e ampliá-los; que a revolta nascia em meio a uma crise econômica em que a população de um país estava disposta a contestar as formas de poder instauradas, mas em um contexto de ampliação do conforto, ou seja, num momento em que elites e amplos setores populares se beneficiavam com o crescimento econômico; a reação, portanto, não era apenas contra a ausência do mínimo vital, definido em termos de necessidades primárias, mas do mínimo vital, segundo a riqueza produzida numa sociedade próspera; embora neste caso não se possa excluir a hipótese de que a referência à prosperidade do consumo fosse uma forma retórica de destacar a desigualdade.

As causas da revolta naquele ano, dispostas por Martin Luther King, apresentam um quadro complexo de fatores internos e externos que impulsionaram a cidadania para os negros. Entre eles estava o fato de que desde a Segunda Guerra, "o negro fora inspirado por outras força poderosa, a descolonização e liberação das nações africanas e asiáticas".⁴⁸⁵ Havia também a consciência de que a marcha do anti-segregacionismo nas escolas era lenta e nisso as decisões da Suprema Corte americana tiveram um papel fundamental. Na decisão de 1954, a

⁴⁸⁵ KING, Martin Luther. A Revolução Negra; Por que 1963? In: Luther King, o Redentor Negro. São Paulo: Martin Claret, 1996, p. 34.

Corte determinara que ela fosse feita com a “máxima urgência possível”. Porém: “esta ordem judicial da Corte Suprema fora, sujeita, deliberadamente, a toda demora.”⁴⁸⁶ Além disso, o negro estava consciente de que cem anos de abolição não tinham reduzido sua miséria.⁴⁸⁷

Há, portanto, nesses elementos, em relação à ação política, algo a ser destacado: o uso público da liberdade se dá em nome de uma subjetividade ameaçada, a partir de uma ação local, consciente e desafiadora dos limites que lhe são impostos, porém fazendo referência (como se verá adiante) aos princípios já institucionalizados que deveriam pautar a coletividade. Havia um fato que separava os dois filósofos políticos: a liberdade assegurada constitucionalmente. O término constitucional da escravidão pautara um novo espectro de objetivos e reivindicações. A condição de escravo não mais poderia servir para justificar a opressão contra os negros, e, ao mesmo tempo demonstrava que a escravidão não era a única e a causa primeira da condição da escravidão negra. Por fim, unindo os dois momentos a consciência de que a questão negra e de sua libertação não era um problema americano.

Em solo americano, uma cultura política negra, como revelam os textos, era essencialmente diaspórica, vale dizer, construída nas novas percepções e lutas decorrentes das tensões trazidas pelo escravismo e pelo colonialismo. Os discursos de Frederick Douglass e de Martin Luther King tratam de uma universalidade que não é americana, sem deixar de sê-lo, mas dos ideais nascidos dos dois lados do Atlântico, Europa/África e América. Essa tensão local/universal não trata de supostas tradições raciais, nem de novas formas de separatismos, mas do reconhecimento de violações de direitos. Como concluiu Eugene Genovese, ao refletir sobre o texto de Frederick Douglas:

“A questão não tem nada ou pouco a ver com separatismo versus integração, pois os negros de ambas as correntes não podem escapar a uma herança comum a todos os americanos. Uma Nação-Estado separada, formada por negros americanos, caso surgisse, herdaria noções de liberdade e democracia forjadas por negros, bem como por brancos, durante a Era da Revolução, magnificamente

⁴⁸⁶ KING, Martin Luther. A Revolução Negra; Por que 1963? In: Luther King, o Redentor Negro. São Paulo: Martin Claret, 1996, p. 31.

⁴⁸⁷ KING, Martin Luther. A Revolução Negra; Por que 1963? In: Luther King, o Redentor Negro. São Paulo: Martin Claret, 1996, p. 35.

expressas pelos Patriarcas Fundadores, os jacobinos de Paris e os líderes revolucionários de São Domingos. Tais noções possuem um contexto particular, que exprime muito mais do que o anseio geral de um povo que deseja libertar-se de seus opressores. Nesse sentido, os Patriarcas Fundadores americanos falavam em nome das mais profundas aspirações, tanto da América negra, quanto da América branca, por mais que as tenham desonrado, traíndo alguns de seus mais elevados princípios.”⁴⁸⁸

Por que no Brasil, a emergência do movimento negro e a reivindicação da igualdade racial são retratados como uma ameaça a identidade nacional, não como sua realização? Por que a liberdade de ser dizer negro e reivindicar direitos ofenderia o ideal de uma coletividade?

Três exemplos que tratam de alguns dos temas contidos no habeas corpus citado no capítulo anterior podem fornecer algumas pistas introdutórias ao tema.

Recentemente, Luis Felipe de Alencastro propôs, em defesa das cotas raciais a seguinte imagem da história brasileira:

“No presente ano de 2010, os brasileiros afro-descendentes, os cidadãos que se auto-definem como pretos e pardos no recenseamento nacional, passam a formar a maioria da população do país. A partir de agora -, na conceituação consolidada em décadas de pesquisas e de análises metodológicas do IBGE -, mais da metade dos brasileiros são negros.

Esta mudança vai muito além da demografia. Ela traz ensinamentos sobre o nosso passado, sobre quem somos e de onde viemos, e traz também desafios para o nosso futuro.

Minha fala tentará juntar os dois aspectos do problema, partindo de um resumo histórico para chegar à atualidade e ao julgamento que nos ocupa. Os ensinamentos sobre nosso passado, referem-se à densa presença da população negra na formação do povo brasileiro. Todos nós sabemos que esta presença originou-se e desenvolveu-se na violência. Contudo, a extensão e o impacto do escravismo não tem sido suficientemente sublinhada. A petição inicial de ADPF apresentada pelo DEM a esta Corte fala genericamente sobre “o racismo e a opção pela escravidão negra” (pp. 37-40), sem considerar a especificidade do escravismo em nosso país.

⁴⁸⁸ GENOVESE, Eugene Dominick. Da Rebelião à Revolução: as revoltas de escravos negros nas Américas. São Paulo: Global, 1983, p. 125.

Na realidade, nenhum país americano praticou a escravidão em tão larga escala como o Brasil. Do total de cerca de 11 milhões de africanos deportados e chegados vivos nas Américas, 44% (perto de 5 milhões) vieram para o território brasileiro num período de três séculos (1550-1856). O outro grande país escravista do continente, os Estados Unidos, praticou o tráfico negreiro por pouco mais de um século (entre 1675 e 1808) e recebeu uma proporção muito menor -, perto de 560.000 africanos -, ou seja, 5,5% do total do tráfico transatlântico. No final das contas, o Brasil se apresenta como o agregado político americano que captou o maior número de africanos e que manteve durante mais tempo a escravidão.

Durante estes três séculos, vieram para este lado do Atlântico milhões de africanos que, em meio à miséria e ao sofrimento, tiveram coragem e esperança para constituir as famílias e as culturas formadoras de uma parte essencial do povo brasileiro. Arrancados para sempre de suas famílias, de sua aldeia, de seu continente, eles foram deportados por negreiros luso-brasileiros e, em seguida, por traficantes genuinamente brasileiros que os trouxeram acorrentados em navios arvorando o auriverde pendão de nossa terra, como narram estrofes menos lembradas do poema de Castro Alves.

No século XIX, o Império do Brasil aparece ainda como a única nação independente que praticava o tráfico negreiro em larga escala. Alvo da pressão diplomática e naval britânica, o comércio oceânico de africanos passou a ser proscrito por uma rede de tratados internacionais que a Inglaterra teceu no Atlântico.

O tratado anglo-português de 1818 vetava o tráfico no norte do equador. Na sequência do tratado anglo-brasileiro de 1826, a lei de 7 de novembro de 1831, proibiu a totalidade do comércio atlântico de africanos no Brasil.

Entretanto, 50.000 africanos oriundos do norte do Equador são ilegalmente desembarcados entre 1818 e 1831, e 710.000 indivíduos, vindos de todas as partes da África, são trazidos entre 1831 e 1856, num circuito de tráfico clandestino. Ora, da mesma forma que o tratado de 1818, a lei de 1831 assegurava plena liberdade aos africanos introduzidos no país após a proibição. Em consequência, os alegados proprietários desses indivíduos livres eram considerados sequestradores, incorrendo nas sanções do artigo 179 do "Código Criminal", de 1830, que punia o ato de "reduzir à escravidão a pessoa livre que se achar em posse de sua liberdade". A lei de 7 de novembro 1831 impunha aos infratores uma pena pecuniária e o reembolso

das despesas com o reenvio do africano sequestrado para qualquer porto da África. Tais penalidades são reiteradas no artigo 4º da Lei de 4 de setembro de 1850, a lei Eusébio de Queirós que acabou definitivamente com o tráfico negreiro.

Porém, na década de 1850, o governo imperial anistiou, na prática, os senhores culpados do crime de seqüestro, mas deixou livre curso ao crime correlato, a escravização de pessoas livres. De golpe, os 760.000 africanos desembarcados até 1856 -, e a totalidade de seus descendentes -, continuaram sendo mantidos ilegalmente na escravidão até 1888. Para que não estourassem rebeliões de escravos e de gente ilegalmente escravizada, para que a ilegalidade da posse de cada senhor, de cada seqüestrador, não se transformasse em insegurança coletiva dos proprietários, de seus sócios e credores -, abalando todo o país -, era preciso que vigorasse um conluio geral, um pacto implícito em favor da violação da lei. Um pacto fundado nos “interesses coletivos da sociedade”, como sentenciou, em 1854, o ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, pai de Joaquim Nabuco.

O tema subjaz aos debates da época. O próprio Joaquim Nabuco -, que está sendo homenageado neste ano do centenário de sua morte -, escrevia com todas as letras em “O Abolicionismo” (1883): “Durante cinqüenta anos a grande maioria da propriedade escrava foi possuída ilegalmente. Nada seria mais difícil aos senhores, tomados coletivamente, do que justificar perante um tribunal escrupuloso a legalidade daquela propriedade, tomada também em massa”.

Tal “tribunal escrupuloso” jamais instaurou-se nas cortes judiciárias, nem tampouco na historiografia do país. Tirante as ações impetradas por um certo número de advogados e magistrados abolicionistas, o assunto permaneceu encoberto na época e foi praticamente ignorado pelas gerações seguintes.

Resta que este crime coletivo guarda um significado dramático: ao arrepio da lei, a maioria dos africanos cativados no Brasil a partir de 1818 -, e todos os seus descendentes -, foram mantidos na escravidão até 1888. Ou seja, boa parte das duas últimas gerações de indivíduos escravizados no Brasil não era escrava. Moralmente ilegítima, a escravidão do Império era ainda -, primeiro e sobretudo -, ilegal. Como escreví, tenho para mim que este pacto dos sequestradores constitui o pecado original da sociedade e da ordem jurídica brasileira.

Firmava-se duradouramente o princípio da impunidade e do casuísmo da lei que marca nossa história e permanece como um desafio constante aos tribunais e a

esta Suprema Corte. Consequentemente, não são só os negros brasileiros que pagam o preço da herança escravista.”⁴⁸⁹

A imagem do tráfico de escravos e da ilegalidade da escravidão no Brasil representa uma atualização científica, como deixa entrever o seu autor, de uma intuição forte do pensamento abolicionista.

A propósito José do Patrocínio afirmou em 1880, há, aproximadamente, 130 anos:

“O problema da escravidão está neste pé. A lei de 1831 suprimiu o tráfico e não só declarou criminosos os introdutores, como obrigados à restituição do africano os compradores. Há quarenta e nove anos e dois dias, pois, nenhum africano podia mais ser escravizado no Brasil.

A especulação da carne humana, porém, havia entrado nos hábitos nacionais, e durante vinte e três anos continuou o crime do tráfico.

(...)

Este enorme algarismo de africanos é, porém, para seis anos, e sabemos que durante vinte e três anos certos, ainda que haja quem afirme que só em 1856 acabou definitivamente o tráfico; durante vinte e três anos deu-se o infame comércio. Não é muito, pois, calcular a média dos outros anos em 20.000 homens entrados no país, o que dá 340.000, ou de 1831 a 1854..... 602.949.

Calculando que a terça parte destes infelizes eram mulheres, e calculando a geração por elas dada aos seus criminosos exploradores em três filhos, o número de homens livres reduzidos à escravidão, provenientes desta fonte, é de 600.000.

Ora, pelas estatísticas atuais, criminosamente toleradas pelo Governo, que tem na matrícula a confissão do crime dos proprietários, o número dos africanos escravos sobe no Brasil a 200.000.

Supondo que metade deste número é tirado dos importados depois do tráfico, temos que o número das pessoas livres reduzidas à escravidão é no Brasil nada menos de 700.000.

(...)

⁴⁸⁹ ALENCASTRO, Luiz Felipe de. Parecer sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF/186, apresentada ao Supremo Tribunal Federal. In: Audiência Pública sobre Cotas para Afro-descendentes nas Universidades ADPF 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>.

E, pois, quase matematicamente certo que há reduzido a escravidão um número de 700.000 homens, metade, portanto, da escravatura atual.

Ora, é de lei que o salário do homem escravizado seja pago por quem o escravizou, ou quem herdou os capitais deste.

Logo, os atuais proprietários de escravos devem à sociedade em geral, ou melhor, à raça negra, quarenta e nove anos de salário. Fazendo o cálculo a 200 rs. por dia, e não computando já o espaço que vai de 1831 a 1854, tempo que, por deferência com os srs. fazendeiros deixamos de incluir no cálculo, temos:

Por um dia de trabalho	
de 700.000 homens escravizados.....	140:000\$000
Por um ano.....	51.100:000\$000
Em 26 anos.....	1.328.600:000\$000

Apesar do número avultado que dá o cálculo, é preciso notar a insignificância do salário que foi marcado. Nunca no Brasil um trabalhador de enxada ganhou, no período apontado, semelhante ridicularia.

(...)

A conclusão a tirar é, pois, que sendo o número atual dos escravos mais ou menos 1.435.000, dos quais 700.000 emancipados por força da lei de 1831 e subseqüentes leis de 1850 e 1854, segue-se que há em salários da raça negra 1.328.600.000\$ para indenizar a emancipação dos 735.000 restantes.

Tirada esta conclusão, que sai inteira e irrefutável da lei de 1831, que se impõe à acepção geral; ninguém pode de boa fé reprovar a atitude da imprensa em relação ao pensamento abolicionista, que há mais de quarenta anos atravessa todas as camadas do país, e que presentemente agita o espírito público sensato. Diante do direito positivo, que é a única base da escravidão, a escravatura está extinta de jure entre nós.

O interesse dos senhores fazendeiros pode entender que há um perigo em discutir esta matéria, mas a sociedade deve responder-lhes que a sua missão principal é ser órgão da Justiça e do aperfeiçoamento dos associados. O interesse é, pois, forçado a calar-se diante do Direito.

(...)

Hoje ninguém mais pode impedir que haja entre o senhor e o escravo uma suspeição, que se há de aumentar dia a dia. O senhor pelo temor da abolição, o

escravo pela convicção de que a sua posição não tem base nem na lei, nem na natureza; tratarão ambos de se prejudicar o mais possível. O senhor buscará extrair da mina negra todo o ouro possível, sem pensar no prejuízo, que resultará de exauri-la. O escravo buscará por todos os meios produzir o menos que lhe for possível.

O prejuízo de tal luta não será, porém, sofrido unicamente pelos dois lutadores, mas pela sociedade inteira. O resultado será em definitivo o fenômeno, que querem conjurar pela inércia — a diminuição da produção. A este fenômeno deve-se acrescentar que a diminuição não traz nenhum proveito para o país; porque não é a iniciação de uma época nova, mas o gasto imprevidente do sistema de trabalho.

É, pois, um direito social inconcusso agitar e insistir na questão.”⁴⁹⁰

O que esta proximidade entre essas duas falas separadas por mais de um século revela? Há uma história vencida no processo abolicionista que redefine, por exemplo, a querela sobre a queima dos arquivos da fazenda das matrículas dos escravos. A indenização não era uma reivindicação apenas dos supostos proprietários de uma propriedade ilegítima e ilegal, mas também daqueles que eram tidos como propriedade, excluídos da condição de humanidade e da cidadania. Mais ainda, os “patriarcas” da abolição e da fundação da República, dada a publicidade da tese defendida por José do Patriocínio tinham a possibilidade de compreender essa demanda. Não o fizeram. O destino dos negros na abolição, e a continuidade da clivagem social pela cor, não foi um efeito das forças impessoais do mercado, mas um conjunto de decisões políticas e, como se pode constatar, tais decisões encontraram um largo campo de ação distante da jurisdicionalização das demandas. Há um detalhe novo, na apresentação de Luís Felipe de Alencastro a história, como disciplina científica institucionalizada, foi capaz de conferir uma nova voz aquela intuição forte vencida na história.

É preciso, porém, dar um passo atrás no debate sobre a ilegitimidade e da ilegalidade da escravidão no Brasil com um terceiro exemplo. Magno Vilela examinou a obra do Padre Antonio Vieira e suas teses sobre a escravidão negra na Bahia no século XVII e a questão da igualdade. Antonio Vieira dedicou três dos seus

⁴⁹⁰ PATROCÍNIO, José. Discurso na Gazeta de Notícias de 06 setembro de 1880. In: PATROCÍNIO, José. *A Campanha Abolicionista*. [s.l]: Ministério da Cultura, Fundação Biblioteca Nacional, [s.d.], p. 9-10.

sermões à escravidão negra (14º, 20º e 27º do Rosário⁴⁹¹) dirigidos aos escravos e também aos seus senhores. Seus sermões clamaram não apenas pela “salvação das almas”, mas também “dos corpos” dos escravos negros.⁴⁹² Em defesa das almas construiu uma argumentação capaz de incluir os negros na história da cristandade, interpretando a genealogia dos “etíopes” e sua proximidade de Cristo já desde seu nascimento na figura de um dos Reis Magos. Porém, de outra parte, construiu um discurso de defesa da obediência dos escravos aos seus senhores, argumentando que os negros, filhos de Maria, pelo sofrimento em vida (a escravidão), alcançariam a salvação de suas almas.⁴⁹³ Não apenas isso, defendeu a necessidade da escravidão, desde que lícita e aceitou a repressão ao Quilombo dos Palmares. Ainda assim, a escravidão negra estava condicionada em sua legitimidade a existência de “guerra justa”, sendo lícita aquela resultante do

⁴⁹¹ “A temática comum dos três sermões poderia ser resumida assim: por serem filhos do mesmo Adão, todos os homens nasceram iguais, para um destino de união e irmandade. Mas, por desobediência aos desígnios de Deus e ‘esquecimento da própria natureza’, os homens se desigualaram e desuniram. Deus enviou então seu Filho Jesus para reformar os erros de Adão e dos homens, e restaurar a igualdade original em que os tinha criado. Para cumprir plenamente sua missão, Jesus fez-se homem e escravo: ‘de quanto Deus tinha criado na terra, tomou o melhor, que era a natureza humana; e de quanto os homens tinham inventado na mesma terra, tomou o pior, que era a condição de escravo’. Sob essa forma paradoxal, Jesus veio salvar todos os homens, pela morte na cruz, do ‘cativeiro do pecado’. Como novo Adão, ofereceu à humanidade a graça de uma nova filiação: todo homem que tem fé em Cristo é filho de Deus, seja esse homem “de qualquer qualidade, de qualquer nação, e de qualquer cor, ainda que a cor seja tão diferente da dos outros homens, como é o caso dos pretos” VILELA, Magno; VIEIRA, Antônio. Uma Questão de Igualdade – A Escravidão Negra na Bahia do Século 17. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997, p. 156.

⁴⁹² VILELA, Magno. & VIEIRA, Antônio. Uma Questão de Igualdade – A Escravidão Negra na Bahia do Século 17. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997, p. 172.

⁴⁹³ “Para Vieira, isto era ‘um grande mistério’ para o qual o rei Davi – ‘avô dos etíopes’ – já havia alertado num de seus salmos, ao falar dos ‘filhos de Coré’, Coré, dizia Vieira baseando-se na interpretação oferecida por Santo Agostinho, ‘na língua hebréia quer dizer Calvário’. Os filhos de Coré são portanto os filhos do Calvário, ou da paixão de Cristo; são os filhos de todas as nações da terra nomeadas pelo salmista, ‘e entre eles com tão especial menção os Etíopes, que são os pretos’. Aos pés da cruz eles estavam representados por Maria, mães de Deus mas também ‘escrava do senhor’. Os Etíopes que tinham fé em Cristo e eram batizados, nasceram uma segunda vez com a dignidade de filhos da mãe de Deus.

Ao renascer através de Maria por entre as dores da cruz, os pretos passavam a ser parte do corpo de Cristo crucificado, e como Ele, vítimas da injustiça dos homens. Como já acontecera com os antigos hebreus, mencionados na genealogia de Jesus do evangelho de Mateus, os pretos viveriam a provação do desterro, em uma nova ‘transmigração de Babilônia’. Mas havia uma diferença importante entre a migração dos antigos hebreus e dos etíopes. Os hebreus transmigravam do cativeiro para a liberdade; já os etíopes eram obrigados a fazer o caminho inverso, da liberdade na sua terra ao cativeiro no Brasil.

(...)

Na voz do pregador, restava aos etíopes desterrados e escravizados no Brasil conformar a miséria e a injustiça de suas vidas no ‘inferno dos engenhos’ à vida sacrificada de Jesus. Seus corpos estavam cativos, subjugados pelo mando dos senhores e feitores, mas suas almas não podiam ser escravizadas. Por isso, os escravos negros deviam comportar-se ‘na migração presente no cativeiro’ como cristãos, filhos da mãe de Deus, preparando-se ‘para a segunda migração, que é a da liberdade eterna.’ VILELA, Magno. & VIEIRA, Antônio. Uma Questão de Igualdade – A Escravidão Negra na Bahia do Século 17. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997, p. 158-159.

apresamento de povos que se opusessem ao domínio português, e ilícita aquela contra os que poderiam ser, pacificamente, convertidos à fé católica. Vale dizer, era ilícita a escravidão negra realizada pelas guerras de apresamento, pelo comércio de escravos, pelo tráfico negreiro. Não apenas isso, a ilicitude da escravidão precisava ser declarada pelo Papa dada a “naturalidade” com que os negros eram visados como escravos. Como expressou Antonio Vieira: “Dominarem os Homens Brancos aos Pretos é força, e não razão, ou natureza”.⁴⁹⁴ Em outras palavras, a criação de um Código Negro ou de normas sobre a escravidão era mais um limite à ação dos proprietários e comerciantes do que a justificativa para a existência da escravidão negra, já contrária às escrituras, mas percebida como algo natural.

O Sermão 20º do Rosário explicita as causas dessa percepção da hierarquia social como algo natural: “Três causas têm nesta nossa República, os que se chamam Senhores, para a grande distinção que fazem entre si, e os seus Escravos. O nome, a cor e a fortuna. O nome de Escravos, a cor preta e a fortuna de cativos, mais negra que a mesma cor.”⁴⁹⁵

Como explica Magno Vilela:

“O pregador jesuíta dedica-se em seguida, em todo o decorrer do Sermão, a analisar cada uma dessas três causas, a partir Escrituras e da teologia cristã. Eram causas porque ‘os que se chamavam senhores’ nelas se apoiavam para afirmar a superioridade que julgavam deter sobre os seus escravos. Estes, por conseguinte, só podiam ser inferiores, e assim deveriam ser vistos e tratados. Pois tinham contra si, na opinião discriminadora dos senhores, o nome, a cor e a fortuna. O nome era, na realidade, a falta de nome: eram chamados simplesmente escravos, e portanto despojados de qualquer identidade pessoal e humana. A segunda causa dessa discriminação era a cor preta da pele dos africanos, na qual os senhores brancos só queriam ver a marca pretensa inferioridade. Enfim, a terceira causa dizia respeito à “fortuna” dos negros africanos, ou mais precisamente (em linguagem de hoje), ao seu infortúnio ou à desgraça de sua condição, já que na mente dos senhores o destino dos escravos era viver ‘em perpétuas aflições e trabalhos’”.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ Citado por VILELA, Magno. & VIEIRA, Antônio. Uma Questão de Igualdade – A Escravidão Negra na Bahia do Século 17. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997, p. 120.

⁴⁹⁵ VILELA, Magno. & VIEIRA, Antônio. Uma Questão de Igualdade – A Escravidão Negra na Bahia do Século 17. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997, p. 129.

⁴⁹⁶ VILELA, Magno. & VIEIRA, Antônio. Uma Questão de Igualdade – A Escravidão Negra na Bahia do Século 17. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997, p. 129.

A ilegitimidade e a ilicitude toleradas não eram devidas à impossibilidade de consciência histórica, mas entrelaçavam-se com a construção de uma percepção racializada da humanidade, da igualdade e da liberdade. Como sintetizou, José D'Assunção Barros:

"Liberdade e escravidão, como já foi notado, correspondem a estados que tendencialmente deveriam ser dispostos no eixo contraditório das desigualdades, e não na coordenada de contrário das diferenças. "Escravo", neste caso, seria uma noção referente à desigualdade que se estabelece relativamente à liberdade (ser escravo é estar privado da liberdade, é ser vítima de uma desigualdade social relacionada ao direito de agir livremente). Ser negro, por outro lado, é hoje uma diferença marcante nas sociedades modernas. Mas esta diferença tem uma história. E em algum momento esta história foi obrigada a entrelaçar-se com a idéia desigual de escravidão para dar suporte a esse cruel regime de dominação que foi o escravismo colonial."⁴⁹⁷

Se a condição de ser negro era representada como escravo, - o que marcará não apenas a história da escravidão, mas da negritude no país e da percepção de que a condição de subalternidade de um grupo é algo naturalmente aceitável ainda que seja uma fatalidade da história -, há, ainda, outro ponto importante no discurso do Padre Antonio Vieira, os limites justos e lícitos da igualdade e da liberdade desejada e buscada pela vítimas.

A igualdade buscada não é desse mundo, é apenas a consciência que tem o escravo negro de que é igual e de que, no futuro, no reino de Cristo redentor terá seu sofrimento e sua igualdade reconhecidos. Seria legítima a busca da liberdade e, portanto, da igualdade em vida? A liberdade somente pode ser alcançada pela redenção espiritual dos senhores e concedida como dádiva, demonstrando a libertação espiritual deste. Inerte, ou melhor, condenado à inércia e a obediência o escravo negro deveria aceitar as hierarquias sociais, ainda que ilícitas, e trabalhar na purificação de sua alma. De certo modo, a liberdade é comum e abstrata, a libertação de opressores e oprimidos, em sua conversão moral no mundo idealizado da redenção. A busca pela liberdade em vida, pela força ou contra os senhores, aproxima o negro do pecado e o afasta da liberdade. Os negros em Quilombos melhor que fossem convertidos pela fé e reintegrados pela razão, mas se encontram

⁴⁹⁷ BARROS, José D'Assunção. A Construção Social da Cor -Diferença e desigualdade na formação da sociedade brasileira. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 39.

em estado de pecado, pois quebraram a submissão devida, o que justifica a força das armas. A liberdade buscada ou conquistada é pecado, não há base moral para reivindicar em nome próprio uma igualdade e uma liberdade naturais.

Em outras palavras, em Antonio Vieira, surge um problema central para o debate sobre a consciência da ilegalidade e da ilegitimidade, a fundamentação moral dá conselhos de como os senhores devem tratar os escravos negros e de como os escravos negros devem se comportar. Ainda que a força reste injustamente nas mãos daqueles e seja indiretamente justificada pela impossibilidade destes se oporem à opressão. A fundamentação moral não se integra à estrutura de direitos e preserva o espaço do domínio privado de violação da igualdade e da liberdade. Por sua vez, a liberdade como ruptura negativa da comunidade.

Como se sugere, ao longo deste capítulo, é este nó da percepção da liberdade como ameaça e a naturalização da desigualdade que ela implica, somado a negação da procedimentalização das controvérsias e a aceitação da ilegitimidade e da ilegalidade das desigualdades, que marca os argumentos contrários às reivindicações de direitos no Brasil para os negros e as supostas impossibilidades de se dizer negro e de se saber quem é negro.

No cenário americano, no sulco cavado pela liberdade, a força de participação política derrubou e foi capaz de construir barricadas, mostrou a erosão das concepções da liberdade confinada e disciplinada. No caso brasileiro, as demandas por igualdade racial passaram ao largo das praticadas judiciais da Corte Constitucional até bem recentemente. Mais ainda, como demonstrou Ronald Dworkin, no caso americano, as práticas de desobediência civil se constituíram em práticas que, em termos argumentativos, propunham novas interpretações dos princípios fundamentais e, desse modo, com maior ou menor intensidade, foram incorporados ao projeto de narrativa constitucional dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, o que está em jogo por detrás da possibilidade de comparações históricas entre EUA e Brasil e da retórica da divisão das raças no país com a criação de cotas raciais não é nem uma tradição racial nem uma tradição jurídica, estrito senso, mas uma tradição dos limites da cidadania e, obviamente, de suas representações.

De qualquer modo, são aqueles primeiros movimentos em nome da igualdade e da liberdade, e algumas de suas repercussões teóricas, consideradas nas páginas

seguintes, que permitem compreender a emergência de novos sujeitos na constituição brasileira, as perplexidades que ela provoca e, principalmente, as dificuldades em refletir sobre o princípio da igualdade no constitucionalismo contemporâneo quando se oculta o tema da liberdade. Embora não tenha sentido reproduzir aqui todos os eventos históricos que marcam tais questões, convém assinalar essa proximidade entre dois momentos de universalização da Modernidade: quando a liberdade surge de modo revolucionário, no século XVIII, e a reação que se seguiu, e quando ela se insurge contra as formas de disciplinarismo social, como liberdade participativa, no marco da Constituição de 1988.

O presente capítulo situa-se na compreensão do primeiro momento e o modo como ele foi decisivo na construção da ideologia nacional quanto ao nosso ethos racial que agora “se vê ameaçado”. Não é a tentativa de uma história das etapas políticas, dos períodos democráticos da trajetória política ou da participação dos movimentos negros, mas de uma idéia, a oposição entre violência/liberdade e medo. Em outras palavras, trata-se de sugerir como e porque o medo é incorporado como problema e argumento estratégico nos discursos que tratam da participação política dos negros, no discurso nacional e, sobretudo, no discurso político autoritário.

A principal inflexão se refere a um aspecto central da “Era das Revoluções”, a sua dupla imagem, a do uso legítimo da violência e a do terror revolucionário. Porém, não se propõe considerar como ocorre a recepção da influência das idéias revolucionárias de igualdade e liberdade pelas populações da diáspora negra ou como são recebidas nos países periféricos as doutrinas conservadoras sobre a ordem. Parte-se da perspectiva de que, na Modernidade, os fenômenos constitutivos das relações de poder e de sua contestação são mundializados, e, portanto, revelam-se em contextos locais dentro e fora da Europa. Da mesma forma, as idéias políticas encontram nestas diversas relações de poder nascimento e trocas transversais, sobretudo nos momentos históricos em que o fluxo da comunicação não havia sido disciplinado pelo Estado ou pelos mecanismos do mercado.

Se a Revolução Francesa foi capaz de fornecer leituras para a construção de um pensamento reacionário e conservador, a mesma e outras faces do uso da liberdade, e da reação que lhe seguiu, podem ser lidas nas reações à Revolução de Saint Domingues e das diversas formas de insurgência de negros e povos originários das Américas. A construção de uma ideologia do medo da República do

Haiti - república de negros e escravos no poder, da suposta barbárie das práticas animistas e fetichistas (ou da República dos Guaranis e dos índios canibais) – compôs não apenas a periferia do mapa das lutas sociais e das estratégias de construção e negação de direitos, mas o lócus privilegiado dessas estratégias, na medida em que as resistências dos escravos e libertos tornaram visível as outras faces da Modernidade - o colonialismo, a escravidão, o genocídio e o racismo – e, ao mesmo tempo, a existência de uma história universal pelo direito à liberdade que não poderia ficar confinada ao espaço geográfico dos Estados Europeus.⁴⁹⁸

Como constata Susan Buck Morss, ao tratar da Revolução do Haiti:

“Esta flagrante discrepância entre teoria e prática marcou o período da transformação da forma do capitalismo global de mercantil para protoindustrial. Seria, a princípio de se acreditar que, por certo, nenhum pensador “iluminista”, “esclarecido”, poderia deixar de notá-la. Contudo, não foi o que se deu. A exploração de milhões de trabalhadores escravos foi aceita como parte do mundo dado pelos próprios pensadores que proclamavam a liberdade como direito inalienável inerente ao estado natural do homem. Mesmo quando as pretensões teóricas de liberdade foram transformadas em ação revolucionária no cenário político, continuou a ser possível para a economia colonial regida pela escravidão, que funcionava por trás da cena, manter-se na obscuridade.

Se este paradoxo não parece ter perturbado a consciência lógica dos contemporâneos, mais surpreendente ainda talvez seja que os autores de hoje, conquanto tenham pleno conhecimento dos fatos, continuem capazes de construir histórias ocidentais como narrativas coerentes da liberdade humana.”⁴⁹⁹

A idéia de espectros constitucionais permite compreender que a possibilidade de uma república, composta por e construída para e por negros e indígenas, foi um dos temas mais relevantes do nosso constitucionalismo, talvez somente equiparado ao tema da unidade do território.

Argumenta-se: Há uma distribuição histórica dos sentidos da liberdade que tende a situar a liberdade de negros e índios fora do espaço do direito e próximo à natureza. Nesse “topos”, o discurso moderno identifica as lutas das populações

⁴⁹⁸ BUCK-MORSS. Hegel e o Haiti. *Critical Inquiry*, vol.26, N° 4 (Verão de 2000), publicada pela University of Chicago Press, pp. 821-865.

⁴⁹⁹ BUCK-MORSS. Hegel e o Haiti. *Critical Inquiry*, vol.26, N° 4 (Verão de 2000), publicada pela University of Chicago Press, pp. 821-865.

negras com a erupção da violência natural, retirando-lhe qualquer legitimidade no espaço público. O que alimenta essa interpretação tradicional das lutas constitucionais dos negros e indígenas? O imaginário do medo.⁵⁰⁰ Ao mesmo tempo, ela propõe que a integração possível de negros e indígenas deve ocorrer na esfera privada ou em representações que remetem a esfera da natureza. As reivindicações dos negros e indígenas são descritas em termos de relações de âmbito privado ou de processos naturais de acomodação com a natureza, o clima, a alimentação, a reprodução etc.

Ao criar a correspondência entre o uso do direito à liberdade ao imaginário do medo, resta ao discurso nacional produzir uma solução de integração que ao mesmo tempo exclua o conflito e situe as reivindicações de negros e índios fora do direito. De um lado, o discurso nacional tende a um reconhecimento do pluralismo social, mas que, assim constituído, induz a uma visão de integração subordinada dos negros e indígenas. De outro lado, o discurso nacional organiza-se como uma defesa contra o "assalto" de negros e indígenas aos modelos de integração jurídica. Trata-se, portanto, de um modo de conceber os processos de construção da cidadania (negra e indígena) como uma fratura e uma ameaça à Constituição.⁵⁰¹

Nesse sentido, os passos seguintes são uma tentativa de compreender o tema das dimensões da liberdade, partindo da crítica a uma forma de narrar a história das lutas pela liberdade que exclui, a priori, os movimentos sociais realizados por negros e indígenas. A sua importância reside no fato de que a imagem da nação idolatrada pelos anti-cotas é, antes de mais nada, a construção dessa exclusão. Exclusão que, tendo em vista o que foi dito acima, é incompatível com a memória constitucional que o texto da Constituição de 1988 parece impulsionar. Os problemas da liberdade negada no passado são, em certo sentido,

⁵⁰⁰ Sobre a apreensão do imaginário do medo no processo abolicionista: AZEVÊDO, Célia Maria Marinho de. Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites século XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987; MENDONÇA, Joseli Nunes. Cenas da Abolição. Escravos e Senhores no Parlamento e na Justiça. São Paulo: Perseu Abramo, 2001; Sobre o imaginário do medo e a insurgência escrava no Brasil, veja-se: MOURA, Clóvis. Brasil: as raízes do Protesto Negro. São Paulo: Global, 1983; MOURA, Clóvis. Rebeliões da senzala. São Paulo: Ciências Humanas, 1981; MOURA, Clóvis. Os quilombos e a rebelião negra. São Paulo: Brasiliense, 1991; MOURA, Clóvis. Dialética radical do negro no Brasil. São Paulo: Anita, 1994; MACHADO, Maria Helena. O Plano e o Pânico. Os Movimentos Sociais na Década da Abolição. Rio de Janeiro: UFRJ / EDUSP, 1994; GRIMBERG, Keila, BORGES, Magno Fonseca, SALLES, Ricardo. Rebeliões Escravas Antes da Extinção do Tráfico. Capítulo VII. In: GRIMBERG, Keila. & SALLES, Ricardo. O Brasil Imperial, Vol. I(1808-1831). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 336-270; SILVA, César Mucio. Processos-Crime. Escravidão e Violência em Botucatu. São Paulo: Alameda, 2004.

⁵⁰¹ Tema que, aliás, é uma constante nos argumentos contrários às cotas raciais.

os problemas da liberdade que estão sendo reconstruídos no debate atual e, que podem ou não estar resolvidos em nosso futuro constitucional.

3 Uma História da Nação?

Nesta perspectiva o debate sobre as demandas por igualdade racial adquire novas dimensões. Há nos discursos contra e a favor das cotas raciais imagens distintas sobre a história do Brasil. De forma sintética, os primeiros retratam um país que conseguiu se integrar racialmente porque não conheceu o racismo ou porque não conheceu um racismo “diferencialista”. Por sua vez, os favoráveis às cotas retratam um país marcado por séculos de escravidão e por variadas formas de exclusão racial, inclusive no período republicano.⁵⁰² Logo, a tarefa de determinar a adequação da proposta à Constituição inclui a compreensão de fatos, no presente e no passado, ou seja, o recurso a modelos sociológicos e explicações históricas. Porém, é indispensável refletir, de um lado, sobre o uso da história como uma ciência auxiliar nessa tarefa, seus condicionantes históricos e suas aporias epistemológicas, em especial aquelas que o vinculam ao discurso sobre a nação, e, de outro, sobre os condicionantes jurídicos da interpretação da história quando confrontada com um texto singular, o brasileiro, e um problema comum ao constitucionalismo, o lugar intrinsecamente vazio do sujeito constitucional.

3.1 A HISTÓRIA COMO PROBLEMA

A história, assim como as ciências humanas em geral, sofreu críticas profundas que abalaram as categorias do senso comum científico, fundado na tríade, objetividade, neutralidade e totalidade. Paul Veyne, ao inventariar o debate sobre os limites entre história e sociologia, afirma que a crítica ao modelo positivista de história conduziu a descoberta de que: “os fatos não existem”; isto é, não existem em estado isolado, exceto por abstração; concretamente, existem apenas sob o conceito que os informa”. Desse ponto de vista: “a História existe apenas em relação

⁵⁰² As duas posições foram apresentadas na introdução.

às questões que nós lhe formulamos. Materialmente, a História é escrita com fatos; formalmente, com uma problemática e conceitos.”⁵⁰³

Essa descoberta coloca em relevo o problema da origem dos conceitos que estruturam a história⁵⁰⁴, pois como processo vivido ela é inacessível, compreendendo uma miríade de acontecimentos (ou de diferença(s), como diria Heidegger⁵⁰⁵) impossíveis de serem narrados a um só tempo. A explicação histórica necessita, portanto, decidir sobre a problemática das “constantes”, vale dizer, daquilo que permite ao praticante da ciência selecionar no universo de singularidades algo que induza à compreensão, produzindo semelhanças, e novas diferenças. Daí concluir Paul Veyne que as ciências humanas não apenas “fornecem à História” alguns conceitos, mas, de fato, “muito mais: informam-na, constituem-na”.⁵⁰⁶ Ela não poderia existir sem manipular conceitos, tais como Estado ou indivíduo (ou relações raciais), construídos além de suas fronteiras. A especificidade da disciplina história restaria na sua relação com o tempo, ou seja, na possibilidade de reconstituir as problemáticas num inventário sobre acontecimentos e, de modo frutífero, retornar para a reconstrução das constantes.⁵⁰⁷

A especificidade da articulação com o tempo aponta para novos problemas, tais como a historicidade da noção de tempo que o conceito de história utiliza, e, como se verá, a sua vinculação com o Estado-Nação. De outra parte, quando uma constante é eleita, como no caso específico, a discriminação racial ou a ausência de discriminação racial, são feitas opções prévias sobre a representação do problema, pois ele não é dado à compreensão como coisa em si (o fato), mas por relações de poder que também são históricas.

Quanto a esses compromissos na história do direito, Antônio Hespanha observou que a história jurídica está marcada por seus vínculos ideológicos com a burguesia. Na primeira metade do século XIX, a história desempenhou uma “função jurídica (e também sociocultural)” quando do ascenso político da burguesia, cabia-lhe a tarefa de fazer a apologia da luta da burguesia contra essa ordem jurídica pré-burguesa, retratando-a como ilegítima e irracional, e a defesa da construção de um

⁵⁰³ VEYNE, Paul. O Inventário das Diferenças. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 6

⁵⁰⁴ VEYNE, Paul. O Inventário das Diferenças. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 6

⁵⁰⁵ HEIDEGGER, Martin. Que e é isto - a Filosofia? Identidade e Diferença. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 38-41.

⁵⁰⁶ VEYNE, Paul. O Inventário das Diferenças. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 7.

⁵⁰⁷ VEYNE, Paul. O Inventário das Diferenças. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 7.

direito e de uma sociedade “naturais” e harmônicos, isto é, libertos da arbitrariedade e historicidade anteriores.⁵⁰⁸ Depois, com a definitiva implantação da ordem burguesa, a função crítica, porque relativizadora da actividade historiográfica, ao pôr em risco a própria mitificação da ordem jurídica e social do capitalismo, é colocada sob suspeita de ser elemento desestabilizador. Restou-lhe apenas uma função justificadora dos resultados da dogmática jurídica, quer dizer, a de apresentar tais resultados como os frutos de um contínuo progresso. Tratava-se, no fundo, de uma continuação da dogmática por outros meios, ou seja, da complementação da justificação técnica dos dogmas jurídicos por uma justificação histórica.⁵⁰⁹ De lá para cá, nasceu a crise da História do Direito como disciplina jurídica, pois a justificação técnica e, posteriormente, tecnocrática do Direito em vigor descarta continuamente a justificação histórica. Entretanto, ela sobrevive como “historiografia antiquarista” devido a sua compatibilidade com a principal função ideológica da instituição universitária nos períodos concorrencial e simplesmente monopolista do capitalismo: o fortalecimento da divisão social do trabalho. Ou seja, incluída entre as disciplinas eruditas, formava, então, a quinta-essência da alta-cultura, por direito privilégio de uma elite “natural”, os intelectuais, reforçando a separação entre o trabalho intelectual e o trabalho manual a partir da distinção entre saberes interessados e saberes “liberais”. Por outro lado, o caráter “desinteressado” destas disciplinas colabora na construção do mito da neutralidade da cultura e dos intelectuais, assim transformados numa espécie de instância arbitral colocada acima

⁵⁰⁸ HESPANHA, Antônio. História do Direito na História Social. Lisboa: Livros Horizonte, 1982. p. 09.

⁵⁰⁹ HESPANHA, Antônio. História do Direito na História Social. Lisboa: Livros Horizonte, 1982. p. 11. Convém destacar que atualmente a negação da dimensão histórica do Direito não parece ser consequência única da adoção de um modelo linear de apreensão histórica, pois a produção da a-historicidade adquire outras dimensões na sociedade contemporânea brasileira no âmbito da “cultura universitária”, e, particularmente na jurídica. Como alerta BOSI, nas décadas de sessenta e setenta de um lado assistiu-se a queda irreversível dos estudos humanísticos tradicionais, de outro lado a emergência de uma abordagem a-histórica que se restringia à análise de textos a que se aplicariam categorias universais. Segundo o autor: “Os Estudos literários, viram-se, pelo menos no período agudo dessa tendência, à mercê de uma violenta sincronização das formas significados que eram recortados com se fossem todos contemporâneos da nossa consciência estética ou das nossas ideologias[...]. Esse anti-historicismo teve um significado preciso, assinalou a senescência da primeira visão do mundo apontada (o tradicionalismo humanista), embora guarde em comum com a velha retórica um ponto que me parece nevrálgico, e que não tem sido explorado: o ato de subtrair o texto à contingência dos tempos, sejam eles passados ou contemporâneos”. BOSI, Alfredo. Dialética da colonização. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p 311.

dos conflitos de classe.⁵¹⁰ Com este processo obteve-se vários resultados ideológicos:

“a) Defende-se como vértice de toda a actividade humana um espaço cultural que a dinâmica social e econômica do capitalismo só torna acessível à burguesia; b) Justifica-se, a partir daqui, a estratificação social baseada na cultura, ocultando todos os condicionamentos socioeconômicos que lhe subjazem; c) Cria-se o mito da neutralidade política, social e ideológica dos intelectuais, da “alta cultura” e da instituição universitária, correspondente ao mito da neutralidade do Estado.”⁵¹¹

Por sua vez, segundo Michel Mialle, a passagem o conteúdo à forma no cerne da ciência jurídica corresponde às contradições da produção ideológica conforme às necessidades da prática da classe dominante:

“quando ela se chama burguesia, tem primeiramente de destruir o velho mundo feudal, o que não pode fazer senão em nome de uma Razão superior. Deve em seguida conservar as suas conquistas: deve então produzir uma fetichização da ordem formal. (...) Num primeiro momento, quer dizer durante a dominação do modo de produção escravagista e feudal, os juristas e os filósofos do direito tentaram explicar o direito por referência ao seu conteúdo.(...) Esse conteúdo variará em seguida para se tornar, na sua expressão idealizada, o direito natural em nome do qual será feita a revolução de 1789.(...) Mas um outro tipo de reflexão vem substituir a partir do começo do século XIX esta concepção do direito. Tudo se passa como se a burguesia, que utilizara os símbolos da balança e da espada da justiça para se prevalecer deles na luta contra o feudalismo, cortasse de repente o caminho a essa ideologia sempre perigosa para a ordem estabelecida. De fato, a paz burguesa implica uma outra concepção do direito como agente formal da segurança e da ordem. Após os excessos filosóficos, os juristas entregam-se ao positivismo: não querem ver senão um agente de estruturação social, senão uma forma pura que pode, em última análise, reger conteúdos sociais diferentes.”⁵¹²

Logo, nem o papel da história na compreensão do direito foi sempre o mesmo nem a história utilizada pelos juristas foi a mesma.

⁵¹⁰ HESPANHA, Antônio. História do Direito na História Social. Lisboa: Livros Horizonte, 1982. p. 12.

⁵¹¹ HESPANHA, Antônio. História do Direito na História Social. Lisboa: Livros Horizonte, 1982. p. 12

⁵¹² MIALLE, Michel. Uma introdução crítica ao Direito. Rio de Janeiro: Moraes, 1979, p. 236-237.

Em regra, o discurso jurídico dominante sobre a história inspirou-se no modelo positivista formulado por Augusto Comte⁵¹³ Por sua vez, o discurso dominante sobre a história da liberdade, responsável por identificar o princípio da liberdade à liberdade subjetiva e à proeminência do Estado, encontra sua matriz em Hegel, como se verá adiante.⁵¹⁴

Augusto Comte foi um dos artífices da contra-revolução e representou, em relação a Condorcet e a Saint-Simon a passagem do pensamento sociológico burguês da dimensão utópica-crítica, quando do seu surgimento no século XVIII, à dimensão ideológica que adquire no século XIX.⁵¹⁵ Se a "razão" do século XVII pretendia uma empresa de conhecimento, ou seja, encontrar a verdade nas ciências. A razão do século XVIII, por sua vez, pretendia inventar, mudar, transformar as coisas e o mundo, com o gosto da diferença que se compraz com a mobilidade da história. No século XIX, parte das elites intelectuais européias

⁵¹³ COMTE, Auguste. Auguste Comte: curso de filosofia positiva; discurso sobre o espírito positivo; catecismo positivista. Trad. de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

⁵¹⁴ Quanto à Hegel, segundo Eugênio Raúl Zaffaroni: "Aunque pueda parecer extraño (pues por lo general se vincula el organicismo con el positivismo) la raíz del organicismo es idealistas para Hegel el "espíritu" del género humano se va desarrollando de una manera que es muy semejante a la del individuo, que pasa de la infancia a la madurez; la historia es en el hegelianismo el desarrollo de la consciencia del género humano. Da la impresión que, para Hegel, a través de su concepto de "espíritu" de la humanidad (Geist), toda la humanidad es una unidad orgánica (concepto antropomórfico de la sociedad). ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología: aproximación desde un margen. Bogotá, Colômbia: Temis, 1993, p. 228. Na opinião de Enrique Dussel, Hegel em alguns momentos "escreveu uma ideologia racista, cheia de superficialidade, com um sentido infinito de superioridade". Para o autor germânico a África era vista como "uma terra fechada" que conserva este caráter fundamental e o negro como "homem em estado bruto" cuja consciência não teria chegado a nenhuma objetividade, como, por exemplo, Deus. A história é vista como "a configuração do Espírito em forma de acontecimento" e "o povo que recebe um tal elemento como princípio natural é o povo dominante nessa época da história mundial." No caso o "Povo Germânico" e o "Espírito Germânico" eram a representação do "Espírito do Novo Mundo". DUSSEL, Enrique D. 1492, o Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1993, p. 18-23. Portanto, para Hegel: "Contra o direito absoluto que ele tem por ser o portador atual do grau de desenvolvimento do Espírito mundial, o espírito dos outros povos não tem direito algum." (Hegel, citado por DUSSEL, Enrique D. 1492, o Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1993, p. 22). Quanto aos africanos conclui o autor que:

"O reino do Espírito entre eles é tão pobre e o Espírito tão intenso que basta uma representação que lhes é inculcada para levá-los a não respeitar nada, a destroçar tudo. A África ... não tem propriamente história. Por isso abandonamos a África para não mencioná-la mais. Não é uma parte do mundo histórico; não apresenta um movimento nem um desenvolvimento histórico... O que entendemos propriamente por África é algo isolado e sem história, sumido ainda por completo no espírito universal, e que se pode ser mencionado aqui no umbral da história universal." (Hegel, citado por DUSSEL, Enrique D. 1492, o Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1993, p. 20.)

⁵¹⁵ LÖWY, Michael. As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. São Paulo: Busca Vida, 1987, p.19-25. LÖWY, Michael. Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 1988, p. 35-40.

abaladas com as revoluções de 1789 e 1848, “chamam de volta medrosamente a razão à sua concórdia doméstica, a moral e a religião, que a política reforça, com a proibição de franquear os limites, seja para “divagar” sobre a substância das coisas, seja para inventar experiências sociais.”⁵¹⁶ Assim, o positivismo repudiava “o romantismo do laissez-faire” e pretendia “aproveitar as virtudes do progresso, ou da evolução progressiva, pela compreensão racional e científica do problema da ordem, determinando os elementos fundamentais de toda sociedade humana.”⁵¹⁷

Os temas centrais da obra de Augusto Comte foram a ordem e o progresso. Porém, quando fala do progresso é para aprisioná-lo num quadro rígido, quase estático.⁵¹⁸ Apresenta a sua filosofia da história na qual pretende comprovar a superioridade do pensamento positivo ou filosofia positiva, uma fundamentação e classificação das ciências baseadas na filosofia positiva e, por fim, uma sociologia positiva que permitisse a reforma das instituições.⁵¹⁹

Segundo Huisman e Vergez, a filosofia da história de Augusto Comte é tão idealista quanto a de Hegel. As idéias conduzem e transformam o mundo e é a evolução da inteligência humana que comanda o desenrolar da história. Comte pensa como Hegel que não se pode conhecer o espírito humano senão através de obras sucessivas - obras de civilização e história dos conhecimentos e das ciências - que a inteligência alternadamente produziu no curso da história. Todavia, discorda do autor alemão, por não admitir a introspecção, o espírito só poderia descobrir-se pelas obras externas da cultura e da história da ciência.⁵²⁰ Enfim a filosofia comtista da história é “uma filosofia do espírito através das ciências”.⁵²¹

No desenvolvimento do espírito humano, Augusto Comte afirma existir uma lei fundamental que recebe o nome de lei dos três estados, ou modo de pensar, base de sua explicação da História. O espírito humano teria passado por três estados:

⁵¹⁶ VERDENAL, René. A filosofia Positiva de Augusto Comte. In: CHÂTELET, François (Org.). História da Filosofia. Lisboa: Dom Quixote, 1995, p. 245.

⁵¹⁷ RIBEIRO JR., João. O que é positivismo? São Paulo: Brasiliense, 1982, p.25.

⁵¹⁸ VERDENAL, René. A filosofia Positiva de Augusto Comte. In: CHÂTELET, François (Org.). História da Filosofia. Lisboa: Dom Quixote, 1995, p. 216.

⁵¹⁹ RIBEIRO JR., João. O que é positivismo? São Paulo: Brasiliense, 1982; VERDENAL, René. A filosofia Positiva de Augusto Comte. In: CHÂTELET, François (Org.). História da Filosofia. Lisboa: Dom Quixote, 1995; COMTE, Auguste. Auguste Comte: curso de filosofia positiva; discurso sobre o espírito positivo; catecismo positivista. Trad. José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

⁵²⁰ VERGEZ, André; HUISMAN, Denis. História dos Filósofos Ilustrada pelos Textos. Trad. Lélia de Almeida Gonzales. Rio de Janeiro: Bastos, 1982, p. 287.

⁵²¹ GOUTHIER, citado por VERGEZ, André e HUISMAN, Denis. História dos Filósofos Ilustrada pelos Textos. Trad. Lélia de Almeida Gonzales. Rio de Janeiro: Bastos, 1982, p. 287.

“No estado teológico, o espírito humano, dirigindo essencialmente suas investigações para a natureza íntima dos seres, as causas primeiras e finais de todos os efeitos que o tocam, numa palavra, para os conhecimentos absolutos, apresenta os fenômenos como produzidos pela ação direta e contínua de agentes sobrenaturais mais ou menos numerosos, cuja intervenção arbitrária explica todas as anomalias aparentes do universo.

No estado metafísico, que no fundo nada mais é do que simples modificação geral do primeiro, os agentes sobrenaturais são substituídos por forças abstratas, verdadeiras entidades (abstrações personificadas) inerentes aos diversos seres do mundo, e concebidas como capazes de engendrar por elas próprias todos os fenômenos observados, cuja explicação consiste, então, em determinar para cada um uma entidade correspondente.

Enfim, no estado positivo, o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia a procurar a origem e o destino do universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude. A explicação dos fatos, reduzida então a seus termos reais, se resume de agora em diante na ligação estabelecida entre os diversos fenômenos particulares e alguns fatos gerais, cujo número o progresso da ciência tende cada vez mais a diminuir.”⁵²²

Segundo Augusto Comte, o indivíduo em sua vida também passaria desde a infância até a fase adulta (no “estado viril” de sua inteligência) por esses três estágios. O Estado positivo seria o termo fixo e definitivo em que o espírito humano descansa e encontra a ciência. Assim, as sociedades e os indivíduos em outro plano evoluiriam segundo essa lei.⁵²³ Por sua vez, essa divisão também comporta o estado atual das três grandes raças. O estado teológico estaria dividido em fetichismo, politeísmo, e monoteísmo. Nesse sentido afirma que o primeiro predomina entre “a menos numerosa das três raças” (negra?) e que “[...] a maioria de nossa espécie ainda não saiu de tal estado, que persiste hoje entre as mais

⁵²² COMTE, Auguste. Auguste Comte: curso de filosofia positiva; discurso sobre o espírito positivo; catecismo positivista. Trad.. José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 04. RIBEIRO JR., João. O que é positivismo? São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 20.

⁵²³ COMTE, Auguste. Auguste Comte: curso de filosofia positiva; discurso sobre o espírito positivo; catecismo positivista. Trad.. José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1983;

numerosas das três raças humanas, [amarela?] além da elite da raça negra e parte menos avançada da raça branca.”⁵²⁴ ⁵²⁵

Em sua Sociologia positiva, a sociedade era estudada a partir de suas condições de existência em analogia com a Biologia e os conceitos encontrariam sua explicação como teoria do organismo coletivo. Em outros termos, a relação entre a Sociologia e a Biologia pode ser vista como “a inspiração sociológica controlada pela apreciação zoológica”.⁵²⁶ Era entendida, em sentido amplo, incluindo uma parte essencial da Psicologia, toda a Economia Política, a Ética e a Filosofia da História. Assim posiciona-se, por exemplo, “contra a abordagem dos fenômenos psicológicos individuais independentemente do desenvolvimento mental da raça.”⁵²⁷

Todavia, para Verdenal, a Sociologia de Comte pode ser caracterizada por suas omissões. Não compõem essa Sociologia a Economia Política, à qual o autor opõe o negativismo, acima referido, e a imprecisão conceitual, bem como uma teoria do Estado enquanto aparelho político, sendo o Direito considerado como um artifício dos juristas de espírito metafísico.⁵²⁸ Os “núcleos permanentes” da sociedade são a propriedade, a família, o trabalho, a pátria, e, sobretudo, a religião. A sociedade estaria assentada sobre um fundamento ideológico ou um sistema de crenças.

⁵²⁴ COMTE, Auguste. Auguste Comte: curso de filosofia positiva; discurso sobre o espírito positivo; catecismo positivista. Trad.. José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 44.

⁵²⁵ A classificação das ciências também compreendia a ordem histórica de seu surgimento até alcançar a complexidade da Sociologia positiva. COMTE, Auguste. Auguste Comte: curso de filosofia positiva; discurso sobre o espírito positivo; catecismo positivista. Trad.. José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 39-21. Esse espírito classificatório comteano está relacionado com sua obsessão pela ordem. Todavia, a ordem das ciências não serviria para preparar as transições numa concepção de progresso contínuo do conhecimento, mas para confinar cada ciência em seu compartimento etiquetado. Cada ciência terá em sua obra seu representante máximo e passa a ter como ele a sua idade. Transforma-se em dogma que o filósofo conhece com um “espírito enciclopédico”. Assim é que Augusto Comte, sobretudo em sua última fase, manterá a sua admiração pela frenologia de Gall onde cada indivíduo pode ser situado numa série de faculdades cerebrais e determinará o momento “positivo” da biologia nos trabalhos de Cuvier, portanto na teoria dos tipos raciais e na defesa da superioridade da raça branca na hierarquia das raças. VERDENAL, René. A filosofia Positiva de Augusto Comte. In: CHÂTELET, François (Org.). História da Filosofia. Lisboa: Dom Quixote, 1995, p. 216-224. VERGEZ, André e HUISMAN, Denis. História dos filósofos ilustrada pelos textos. Trad. Lélia de Almeida Gonzales. Rio de Janeiro: Bastos, 1982, p. 289.

⁵²⁶ COMTE, Auguste. Auguste Comte: curso de filosofia positiva; discurso sobre o espírito positivo; catecismo positivista. Trad.. José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 33; VERDENAL, René. A filosofia Positiva de Augusto Comte. In: CHÂTELET, François (Org.). História da Filosofia. Lisboa: Dom Quixote, 1995, p. 225-226; RIBEIRO JR., JOÃO. O que é positivismo? São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 42.

⁵²⁷ GIANNOTTI, Arhur. Introdução. In: COMTE, Auguste. Auguste Comte: curso de filosofia positiva; discurso sobre o espírito positivo; catecismo positivista. Trad.. José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. XII-XIII.

⁵²⁸ VERDENAL, René. A filosofia Positiva de Augusto Comte. In: CHÂTELET, François (Org.). História da Filosofia. Lisboa: Dom Quixote, 1995, p. 226-227.

Desta forma, toda reforma nesse sistema modificaria imediatamente os costumes e as condutas. Desse modo, Augusto Comte dissocia o problema social do problema político, combate o sufrágio universal, a organização constitucional do Estado e a democracia parlamentar. Por outro lado, o problema social não passa pela reforma econômica, mas por essa mudança no sistema de crenças.^{529 530}

Se Augusto Comte não desenvolve o tema do Estado, a idéia de fases sucessivas será absorvida pelos juristas, como em Hegel, na culminância do Estado.⁵³¹ Não por acaso, a crítica da história do direito e do direito à liberdade aponta para o papel do Estado na construção das histórias nacionais e na materialização de uma concepção de tempo que reflete as relações domínio político e econômico da burguesia, bem como a história de sua consolidação como classe social hegemônica.

Enfim, os modelos de compreensão são essenciais à prática da história, porém ela não mais pode ser adjetivada de ciência objetiva. O que a história informa depende das perguntas formuladas, e, sobretudo, dos conceitos que as estruturam. De igual modo, em áreas específicas como a história do direito, ela tampouco pode escapar a uma crítica das funções ideológicas que vem cumprindo desde o seu surgimento. A passagem no uso da história de uma postura crítica, a uma condição justificadora, e, no limite, até chegar à predominância da figura do colecionador de acontecimentos, corresponde à passagem do conteúdo à forma na ciência jurídica. Assim como a história, em sua matriz positivista, o direito deixa de estabelecer a problematização de suas “constantes” na concepção da “ciência jurídica” consolidada em fins do século XIX.

⁵²⁹ VERDENAL, René. A filosofia Positiva de Augusto Comte. In: CHÂTELET, François (Org.). História da Filosofia. Lisboa: Dom Quixote, 1995, p. 226-228.

⁵³⁰ Assim, conclui René Verdenal, é forçoso constatar a ambigüidade do estatuto dessa Sociologia: “doutrina programática para o futuro, de tipo messiânico, ou interpretação teórica da sociedade tal como de fato funciona.” Passa-se desta forma “incessantemente e como num torvelinho da Sociologia - ciência - à sociocracia - técnica política - ou à sociolatria (religião).” De tal modo que Augusto Comte insere-se na problemática da crítica à religião nascida no século XVIII, e que, no século XIX bate em retirada em direção à crítica da teologia com a finalidade de eliminar o ateísmo e exaltar a religiosidade.⁵³⁰ A temática religiosa é o caminho último da preocupação da conservação e da ordem e sua combinação com a proposta de reforma social. Portanto, a idéia de religião proposta [...] reduz-se à representação do liame social: representação mistificada em condições mágicas, onde a representação possui a eficacidade do liame social ao mesmo tempo que a relação social reside na própria sociedade. Percebe-se claramente o mecanismo de uma mistificação do liame social que é transmutado em ligação afetiva.” VERDENAL, René. A filosofia Positiva de Augusto Comte. In: CHÂTELET, François (Org.). História da Filosofia. Lisboa: Dom Quixote, 1995, p. 229.

⁵³¹ COMTE, Auguste. Auguste Comte: curso de filosofia positiva; discurso sobre o espírito positivo; catecismo positivista. Trad.. José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

O debate sobre os fundamentos da história trouxe a consciência científica que a categoria tempo, implícita na noção de fases de desenvolvimento, não é apreendida do mesmo modo em todos os momentos “da história”, ou seja, diferentes grupos humanos compreenderam o tempo de modo diferenciado. O surgimento da disciplina história encontra-se intrinsecamente vinculado às lutas em torno de diferentes percepções do tempo, presentes entre sociedades diversas⁵³², em momentos diversos de uma mesma sociedade⁵³³, e, provavelmente, entre as diferentes dimensões do viver humano.⁵³⁴

O apelo à história como fundamentação não pode desconsiderar que, em sua origem, a disciplina história serviu não somente para narrar acontecimentos, mas para fazer prevalecer determinada concepção de tempo e com ela um modo de narrar que escolhe a partir de continuidades ou, até mesmo de grandes rupturas, desde que estas possam ser reconduzidas a novas séries progressivas. A história, e vários saberes modernos, foram criados porque integrados a dada forma de conceber o tempo, o tempo progressivo, tempo dos modernos. Ele está marcado pelo tema central da revolução burguesa, ou ainda, pela sua superação. Tal estrutura representa um problema quando se consideram narrativas, em suas formas e conteúdos, vencidas na história. Seria possível incluir numa narrativa em fases progressivas a imagem daquele escravo agitando uma bandeira francesa nas ruas da capital do império? Ou considerar o tempo vivido numa comunidade

⁵³² SODRÉ, Muniz. O terreiro e a cidade: a forma social do negro-brasileiro. Petrópolis: Vozes, 1988.

⁵³³ FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Trad. e org. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1992; POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

⁵³⁴ Quanto a esse último aspecto, a posição de Mircea Eliade abre-se para o debate do homem não apenas como ser histórico, mas enquanto “símbolo vivo”, marcado pela sobrevivência dos símbolos e dos temas míticos em sua psique. Nas palavras do autor: “Se é verdade que o homem sempre se encontra inserido numa “situação”, nem por isso essa situação é sempre *histórica*, ou seja, unicamente condicionada pelo momento histórico contemporâneo. O homem integral conhece outras situações além da sua condição histórica. Conhece, por exemplo, o estado de sonho, ou de devaneio, ou o da melancolia ou do despreendimento, ou da contemplação estética, ou da evasão etc. – e todos esses estados não são “históricos”, embora sejam, para a existência humana, tão autênticos e importantes quanto a sua situação histórica. Aliás, o homem conhece vários ritmos temporais, e não somente o tempo histórico, ou seja, seu próprio tempo, a contemporaneidade histórica. Basta ele escutar uma bela música, ou apaixonar-se, ou rezar para sair do presente histórico e reintegrar o presente eterno do amor e da religião. (...) Conclui-se depressa demais que a autenticidade de uma existência depende unicamente da consciência de sua própria historicidade. Essa consciência histórica tem um papel bem modesto na consciência humana, sem falar das zonas do inconsciente que pertencem também ao ser humano integral. Quanto mais uma consciência estiver desperta, mais ela ultrapassará sua própria historicidade.” ELIADE, Mircea. Imagens e Símbolos. Ensaio sobre o simbolismo mágico-religioso. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 29.

quilombola em sua memória de criação como uma etapa do desenvolvimento do Estado brasileiro?

O tempo dos vencidos, como se verá adiante, é plural e descontínuo e a disciplina história em sua forma crítica não pode mais fornecer ao direito a tranquilidade das justificações progressivas, das civilizações ou das nações, retiradas do antiquário da história. Isso não significa, porém, como se afirma adiante, que o direito não possa pretender valer-se de narrativas.⁵³⁵

Sobre a disciplina história, resta a advertência de Paul Veyne: “A história é um palácio do qual não descobrimos toda a extensão (não sabemos quanto nos resta de não-factual a historicizar) e do qual não podemos ver todas as alas ao mesmo tempo; assim não nos aborrecemos nunca nesse palácio em que estamos encerrados.”⁵³⁶

3.2 O PROBLEMA DA HISTÓRIA COMO HISTÓRIA DA NAÇÃO

A disputa em torno da história na argumentação sobre as cotas raciais assume a forma, além daquela acima registrada sobre as transformações na concepção de história, a de uma história nacional. A idéia de nação agregada a de história pode ser investigada quanto ao contexto de seu surgimento em face de outras formas de representação, quanto ao papel dos intelectuais na sua construção e quanto à matriz temporal de tempo progressivo utilizada para articular as idéias de Estado e identidade. Daí a necessidade de revisitar o termo nacional, antes de abordar qualquer conteúdo específico referente ao Brasil.

Inicialmente convém considerar a novidade da nação como forma de representação. Do ponto de vista etimológico, a palavra nação vem associada a outras tantas, em especial, pátria e povo. Marilena Chauí apresenta os sentidos diversos desses termos:

“De fato, a palavra “nação” vem de um verbo latino, nascor (nacer), e de um substantivo derivado desse verbo, natio ou nação, que significa o parto de animais, o parto de uma ninhada. Por significar o “parto de uma ninhada”, a palavra natio/nação

⁵³⁵ O tema da quantificação do tempo está diretamente vinculado ao tema da ordem, da permanência diante da mudança. Veja-se: MARRAMAO, Giacomo. Poder e Secularização. São Paulo: Unesp, 1995, p.47-58.

⁵³⁶ VEYNE, Paul. Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2008, p. 210.

passou a significar, por extensão, os indivíduos nascidos ao mesmo tempo de uma mesma mãe, e, depois, os indivíduos nascidos num mesmo lugar. Quando, no final da Antiguidade e início da Idade Média, a Igreja Romana fixou seu vocabulário latino, passou a usar o plural *nationes* (nações) para se referir aos pagãos e distingui-los dos *populus Dei*, “o povo de Deus”. Assim, enquanto a palavra “povo” se referia a um grupo de indivíduos organizados institucionalmente, que obedecia a normas, regras e leis comuns, a palavra “nação” significa apenas um grupo de descendência comum e era usado não só para referir-se aos estrangeiros (era assim que, em Portugal, os judeus eram chamados de “homens da nação”) e a grupos de indivíduos que não possuíam um estatuto civil e político (foi assim que os colonizadores se referiram aos índios falando em “nações indígenas”, isto é, àqueles que eram descritos por eles como “sem fé, sem rei e sem lei”). Povo, portanto, era um conceito jurídico-político, enquanto nação era um conceito biológico. Antes da invenção histórica da nação, como algo político ou Estado-nação, os termos políticos empregados eram “povo” (a que já nos referimos) e “pátria”.

(...)

A partir do século XVII, com as revoluções norte-americanas, holandesa e francesa, “pátria” passa a significar o território cujo senhor é o povo organizado sob a forma de Estado independente. Eis por que, nas revoltas de independência, ocorridas no Brasil nos finais dos séculos XVIII e início XIX, os revoltosos falavam em “pátria mineira”, “pátria pernambucana”, pátria americana”; finalmente, como o Patriarca da Independência, José Bonifácio, passou-se a falar em “pátria brasileira”. Durante todo esse tempo, “nação” continuava usada apenas para os índios, negros e os judeus.”⁵³⁷

⁵³⁷ “Esta palavra (pátria) também deriva de um vocábulo latino, *pater*, pai. Não se trata, porém, do pai como genitor de seus filhos – nesse caso, usava-se *genitor*-, mas de uma figura jurídica, definida pelo antigo direito romano. *Pater* é o senhor, o chefe, que tem uma propriedade privada absoluta e incondicional da terra e de tudo o que nela existe, isto é, plantações, gado, edifícios (“pai” é o dono do *patrimonium*), e o senhor, cuja vontade pessoal é a lei, tendo o poder de vida e morte sobre todos os que formam seu domínio (casa, em latim, se diz *domus*, e o poder do pai sobre a casa é o *dominium*), e os que estão sob seu domínio formam a *familia* (mulher, filhos, parentes, clientes e escravos). Pai se refere, portanto, ao poder patriarcal e pátria é o que pertence ao pai e está sob seu poder. É nesse sentido jurídico preciso que, no latim da Igreja, Deus é Pai, isto é, senhor do universo e dos exércitos celestes. É também essa a origem da expressão jurídica “pátrio poder”, para referir-se ao poder legal do pai sobre filhos, esposa e dependentes (escravos, servos, parentes pobres).

Se “patrimônio” é o que pertence ao pai, “patrício” é o que possui um pai nobre e livre, e “patriarcal” é a sociedade estruturada segundo o poder do pai. Esses termos designavam a divisão social das classes em que patrícios eram os senhores da terra e dos escravos, formando o Senado

Em outras palavras, antes da emergência da nação vinculada ao Estado-Nacional havia muitas nações e sua conjugação com o termo pátria reproduzia a oposição entre vontade/cultura e submissão/natureza. A Nação relacionava-se a vínculos naturais enquanto povo e pátria a vínculos históricos, artificiais

Todavia, o termo sofrerá transformações ao longo da Era das Revoluções. Nesse sentido, segundo Bertrand de Jouvenel, o problema da nação é uma questão recente na história, pois “antes da Revolução não existia nos espíritos a representação da nação como pessoa”.⁵³⁸ O resultado mais impressionante da Revolução é a substituição da pessoa do Rei, que assumia caráter mitológico, por outra pessoa de caráter mitológico, que é a nação”. Tal substituição poderia sugerir duas interpretações diferentes: a) “para possibilitar a devoção à nação, tornava-se necessário suprimir o Rei”; b) “afastado o Rei, a unidade se dissolveria conforme parecia acontecer entre a morte de Luís XVI e o massacre dos girondinos, a não ser que a outra imagem fossem criada para substituir a do Rei”⁵³⁹

Entretanto, “o culto à Nação” trouxe inovações na política: a) quanto à extensão do poder que ela mobilizará com seus exércitos, muito superior aquela do absolutismo; b) quanto ao fato de que a devoção é dedicada ao grupo, a sua

romano, e povo eram os homens livres plebeus, representados no Senado pelo tribuno da plebe. (quando se olha um crucifixo, sempre se vê, na parte superior da cruz, um faixa com as letras SPQR. Essas letras significam *Senatus Populusque Romanus*, o Senado e o Povo Romano. A faixa era obrigatória nas execuções de condenados para indicar que a execução fora aprovada por Roma.) Os patrícios eram os “pais da pátria”, enquanto os plebeus eram os “protegidos pela pátria”. Quando a Igreja Romana se estabeleceu como instituição, para marcar sua diferença do Império Romano pagão e substituir os pais da pátria por Deus Pai, afirmou que, perante o Pai ou Senhor universal todos são plebeus ou povo. É então que inventa a expressão “Povo de Deus”, que, como vimos, desloca a divisão social entre patrícios e plebeus para a divisão religiosa entre nações pagãs e povo cristão.” CHAUI, Marilena. Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 14, 15 e 16.

⁵³⁸ Nas palavras do autor: “Não ignoro a existência de uma literatura volumosa, posterior à Revolução – e, em boa parte, à guerra de 1870 – que tem por objeto o “sentimento nacional da França”. E não é o caso de negar a preexistência muito antiga de um sentimento cujo “precipitado”, no sentido em que o termo é empregado na química, irá nutrir a idéia de nação. (...) Foi o próprio estudo dessa literatura que fez nascer em minha mente a convicção de que antes da Revolução não existia nos espíritos a representação da nação como *pessoa*. Antes da Revolução os franceses amavam sua terra, sua língua, eram xenófobos convencidos de sua superioridade e imbuídos da própria glória. Mas não trazem dentro de si a representação da nação como pessoa super-humana que possa constituir objeto de um culto. (...) Seria interessante estabelecer a história figurativa da pessoa chamada França, a história, ousaria dizer, da “imagem bondosa” ligada antes à imagem da Santa Virgem que à do Rei. JOUVENEL, Bertrand de. As Origens do Estado Moderno. Uma História das Idéias Políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p.114.

Segundo Marilena Chauí: “É muito recente a invenção histórica da nação, entendida como Estado-nação, definida pela independência ou soberania política e pela unidade territorial e legal. Sua data de nascimento pode ser colocada por volta de 1830”. CHAUI, Marilena. Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p.14.

⁵³⁹ JOUVENEL, Bertrand de. As Origens do Estado Moderno. Uma História das Idéias Políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p.116.

representação transcendente, não mais a pessoa do soberano um ser imanente; c) quanto ao fato de que a nação será a fonte de todas as legitimidades, ao contrário do que ocorria com a pessoa do rei que era apenas um das legitimidades requeridas numa ordem formada por um sem número de laços estatamentais;⁵⁴⁰ E ainda como destaca Bertrand de Jouvenel:

"A entrada em cena da personagem Nação constitui um fenômeno de importância capital na história. Assume importância na ordem internacional, já que, da Revolução aos nossos dias, as modificações das entidades geográficas se processam no sentido da congruência com as nacionalidades; e também na ordem interna, já que o Estado moderno apóia sua ação sobre o direito do conjunto em face dos seus membros."^{541 542}

Da mesma forma Francesco Rossolillo afirma que inicialmente, a idéia de Nação foi formatada na retórica política da Revolução Francesa e com ela ainda possui ligações. Três concepções centrais disputaram a definição de seu conteúdo. Para a primeira, ela é "um grupo de pessoas unidas por laços naturais e portanto eternos — ou pelo menos existentes ab immemorabili — e que, por causa destes laços, se torna a base necessária para a organização do poder sob a forma do

⁵⁴⁰ Nas palavras de Bertrand de Jouvenel: "Num povo habituado durante tanto tempo a ver o princípio de sua unidade corporificado numa só pessoa, a pessoa Nação vai ocupar toda a extensão, todo o espaço necessário para encher o vazio e fazer muito mais que isso. A Nação francesa terá exércitos muito mais numerosos e menos dispendiosos que o Rei. A marcha destes exércitos pela Europa será a sementeira da idéia nacional". "Um ser transcendente, a Nação, passou a ocupar o lugar de um ser imanente, o Rei. A diferença é enorme. Uma pessoa humana pede dedicação, uma pessoa sobre-humana pede devoção. O Rei era uma pessoa sobre-humana predominante na mente de um grupo de pessoas, mas sem dúvida não era a *própria pessoa* do grupo. O soberano era um superior no seio do grupo, enquanto a soberania representa a superioridade do grupo." "Segundo a sistemática do *Ancien Régime*, o Rei adquiria a sua legitimidade em meio a grande número de legitimidades, que eram de menor extensão, mas não de menor validade. Uma das conseqüências disso consistia no fato de que era julgado e sobretudo se julgava a si mesmo incompetente para revogar os direitos que se haviam tornado "disfuncionais". Com a Nação as coisas são muito diferentes: ela é a fonte de todas as legitimidades." JOUVENEL, Bertrand de. As Origens do Estado Moderno. Uma História das Idéias Políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p.117, 118 e 119.

⁵⁴¹ JOUVENEL, Bertrand de. As Origens do Estado Moderno. Uma História das Idéias Políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p.119.

⁵⁴² É bem verdade que a nação transitou por ideologias distintas, como afirma Boris Fausto que: "A idéia de nação integrou-se as correntes revolucionárias européias, entre as últimas décadas do século XVIII e meados do século XIX, que lutavam contra o absolutismo monárquico. Os ideais nacionais associavam-se assim aos novos princípios de liberdade e igualdade que deveriam definir as relações entre os indivíduos e entre os povos. Completando o ciclo revolucionário, o nacionalismo tomou em grandes linhas outro rumo, sendo instrumentado por nações que chegaram mais tarde à mesa do banquete europeu, como é o caso da Itália e da Alemanha" FAUSTO, Boris. O Pensamento Nacionalista Autoritário. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p.16.

Estado nacional.”⁵⁴³ A tentativa de “delimitar as diversas individualidades nacionais” levou a problemática identificação entre Nação e raça, explorada nos capítulo seguinte. A segunda concepção decorre da “representação de uma “pessoa coletiva”, de um “organismo” vivendo vida própria, diferente da vida dos indivíduos que o compõem. A amplitude destas “pessoas coletivas” coincidiria com a de grupos que teriam em comum determinadas características, tais como a língua, os costumes, a religião, o território, etc.”⁵⁴⁴ Entretanto, ela esquece, por exemplo, que mesmo o domínio lingüístico não é algo natural nem tampouco exclusivo de uma nação. A terceira concepção “identifica a Nação — para além da existência de quaisquer laços objetivos — com a ‘vontade de viver juntos’, o “plebiscito de todos os dias””. Todavia, essa definição, “em lugar de resolver o problema, foge dele porque o que definiria Nação neste caso, distinguindo-a de todos os outros grupos baseados na adesão voluntária, seria a maneira de viver juntos”.⁵⁴⁵ Não apenas isso, como já foi dito anteriormente, ela coloca no centro do problema uma concepção voluntarista sobre a construção da sociedade que, definitivamente, parece ter pouca chance de sobreviver a qualquer teste empírico de seus argumentos.⁵⁴⁶

Enfim, a nação quer seja concebida em qualquer dos três sentidos (laços imemoriáveis, organismo natural e contrato voluntário de convivência) não consegue dar conta nem de uma crítica das relações de poder instauradas em seu nome, nem da complexidade das sociedades contemporâneas, nem do pluralismo social que subsiste baixo ao controle do Estado.

Segundo Eric Hobsbawm, no vocabulário político, a nação, desde o seu surgimento, passou por três grandes etapas: do Princípio da Nacionalidade (1830 a 1880), da Idéia Nacional (1880 a 1918) e da Questão Nacional (1918 a 1950-1960). Em cada uma delas, o discurso sobre a nação foi elaborado por grupos sociais distintos e forneceu respostas para solucionar problemas num contexto histórico específico. O ponto de partida foi o surgimento do Estado Moderno no curso da “Era

⁵⁴³ ROSSOLILLO, Francesco. Nação. In: BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 796.

⁵⁴⁴ ROSSOLILLO, Francesco. Nação. In: BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 796.

⁵⁴⁵ ROSSOLILLO, Francesco. Nação. In: BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 796.

⁵⁴⁶ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.238.

das Revoluções” e, a seguir, os eventos relacionados à Primeira e à Segunda Guerras Mundiais.⁵⁴⁷

Na primeira etapa, de 1830 a 1880, fala-se em “Princípio da Nacionalidade” e se vincula nação e território. Nesta etapa, o discurso sobre a nação é engendrado pela economia política liberal. O Estado Moderno, organizado sem mecanismos universais de participação política e sem sistemas intermediários de dominação, necessitava incluir “todos os habitantes de um território na esfera da administração estatal” e obter sua lealdade ao sistema dirigente, conferindo unidade a uma sociedade dividida por lutas de classes, tendências políticas, crenças religiosas etc. A busca da unidade indivisa era dificultada porque a ideologia liberal conhecia duas unidades, uma mínima, o indivíduo, e, outra máxima, a empresa. Não obstante, os economistas liberais não podiam operar sem o conceito de “economia nacional” em razão do papel do Estado no sistema financeiro e fiscal, na tutela da propriedade privada e no controle do aparato repressivo. Por sua vez, tais questões, aliadas ao protencionismo de economia mais fracas deram impulso ao desenvolvimento do princípio da nacionalidade que definia quando poderia se constituir um Estado-Nação. Ele foi identificado na existência de um território extenso (dimensão territorial) e numa população numerosa (densidade populacional). Desses princípios decorreriam outro, o da “nação como um processo de expansão, isto é, a conquista de novos territórios para produzir a “unificação nacional”. Porém, a expansão das fronteiras dependia da uma unidade prévia que foi encontrada inicialmente na língua. Nesse momento, uma elite intelectuais assume o papel não apenas de unificação lingüística, mas também de apresentar o Estado como o ponto final de desenvolvimento da Nação que começara na família. “A esse processo deu-se o nome de progresso”.⁵⁴⁸

Na segunda etapa, de 1880 a 1918, fala-se em “Idéia Nacional” e se articula a nação à língua, à religião e à raça. Os principais representantes dessa perspectiva são os intelectuais pequeno-burgueses, em especial, italianos e alemães. Diante da emergência do movimento operário, das tendências socialistas e comunistas, da resistência de grupos tradicionais ameaçados pela modernidade capitalista e do

⁵⁴⁷ Utilizou-se aqui a síntese feita do autor por CHAUÍ, Marilena. Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 16-21.

⁵⁴⁸ CHAUÍ, Marilena. Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 17-18.

medo de proletarização da pequena burguesia instaura-se uma crise aguda na ordem das lealdades. “O Estado precisava de algo mais do que a passividade de seus cidadãos: precisava mobilizá-los e influenciá-los a seu favor. Precisava de uma ‘religião cívica’, o patriotismo.” O patriotismo é convertido em nacionalismo, ou seja, se “torna estatal, reforçado com sentimentos e símbolos de uma comunidade imaginária cuja tradição começava a ser inventada.” A passagem ao nacionalismo dependeu da ação desses intelectuais que deram ao “espírito do povo”, “encarnado na língua, nas tradições populares ou folclore e na raça”, os critérios de definição da nacionalidade.⁵⁴⁹

Como destaca Marilena Chauí:

“A partir dessa época, a nação passou a ser vista como algo que sempre teria existido, desde os tempos imemoriais, porque suas raízes deitam-se no próprio povo que a constitui. Dessa maneira, aparece um poderoso elemento de identificação social e política, facilmente reconhecível por todos (pois a nação está nos usos, costumes, tradições, crenças da vida cotidiana) e com a capacidade de incorporar numa única crença as crenças rivais, isto é, o apelo de classe, o apelo político e o apelo religioso não precisavam disputar a lealdade dos cidadãos porque todas essas crenças podiam exprimir-se umas pelas outras sob o pano de fundo comum da nacionalidade.”⁵⁵⁰

Na terceira etapa, de 1918 a 1950-1960, desenvolve-se a “Questão Nacional” e se “ênfatiza a consciência nacional, definida como um conjunto de lealdades políticas”. O discurso emana dos partidos políticos, em especial dos nazi-facistas, e do Estado. “Foi a descoberta do poder persuasivo da ‘idéia nacional’ que levou à ‘questão nacional’. Ao combinar os elementos forjados na etapa anterior com o uso da propaganda dos novos meios de comunicação de massa, a mobilização da ‘questão nacional’ foi capaz de transformar “os símbolos nacionais em parte da vida cotidiana de qualquer indivíduo e, com isso, romper as divisões entre esfera privada e local e a esfera pública e nacional”. Inicialmente essa etapa foi marcada por espetáculos de massa em que os competidores passam a representar as suas nações em combate. O nacionalismo, para além de uma resposta aos conflitos entre

⁵⁴⁹ CHAUÍ, Marilena. Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 18.

⁵⁵⁰ CHAUÍ, Marilena. Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 19.

as grandes ideologias políticas, apresentou sua potencialidade máxima para não apenas de agregar, mas absorver tais ideologias, como no caso do nacionalismo de esquerda, em voga na América Latina.⁵⁵¹

Outro aspecto importante no debate sobre a representação é o fato de que a emergência da nação contrasta com a tese de um desencantamento do mundo na Modernidade. Ao que parece, ela nasce desse mesmo desencantamento de modo problemático e paradoxal. A propósito Marilena Chauí, ao investigar os usos desse substantivo, afirma que a “suposição da impossibilidade de semióforos na sociedade capitalista” somente se mantém quando desconsiderados que eles são “signos de poder e prestígio”. Como afirma a autora:

“Embora um semióforo seja algo retirado do circuito da utilidade e esteja encarregado de simbolizar o invisível espacial ou temporal e de celebrar a unidade indivisa dos que compartilham uma crença comum ou um passado comum, ele é também posse e propriedade daqueles que detêm o poder para produzir e conservar um sistema de crenças ou um sistema de instituições que lhes permite dominar um meio social. Chefias religiosas ou igrejas, detentoras do saber sobre o sagrado, e chefias político-militares, detentoras do saber sobre o profano, são os detentores iniciais dos semióforos. É nesse contexto que a entrada da mercadoria e do dinheiro como mercadoria universal pode acontecer sem destruir os semióforos e, mais do que isso, com a capacidade para fazer crescer a quantidade desses objetos especiais.

Agora, a aquisição de semióforos se torna insígnia de riqueza e de prestígio, pois o semióforo passa a ter uma nova determinação, qual seja, a de seu valor por seu preço em dinheiro. Não só isso. A hierarquia religiosa, a hierarquia política e a hierarquia da riqueza passam a disputar a posse dos semióforos, bem como a capacidade para produzi-los: a religião estimula os milagres (que geram novas pessoas e lugares santos), o poder político estimula a propaganda (que produz novas pessoas e objetos para o culto cívico) e o poder econômico estimula tanto a aquisição de objetos raros (dando origem às coleções privadas) como a descoberta de novos semióforos pelo conhecimento científico (financiando pesquisas arqueológicas, etnográficas e de história da arte).

⁵⁵¹ CHAUI, Marilena. Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 20.

(...) Para realizar essa tarefa, o poder político precisa construir um semióforo fundamental, aquele que será o lugar e o guardião dos semióforos públicos. Esse semióforo-matriz é a nação. Por meio da intelligentsia (ou de seus intelectuais orgânicos), da escola, da biblioteca, do museu, do arquivo de documentos raros, do patrimônio histórico e geográfico e dos monumentos celebratórios, o poder político faz da nação o sujeito produtor dos semióforos nacionais e, ao mesmo tempo, objeto do culto integrador da sociedade una e indivisa.”⁵⁵²

A idéia construída em torno da Nação não representa necessariamente a Nação que é narrada, ao mesmo tempo, mantém sua autonomia na dinâmica das representações. Isso porque, segundo Milton Santos, o símbolo não precisa tratar de uma realidade ainda presente, pode ser passada ou futura, e, ao mesmo tempo, os símbolos remetem a objetos e símbolos que lhe são dependentes. De tal modo que: “Os símbolos adquirem vida própria e tornam mais eficaz a fetichização da matéria inerte. Nascidos quase sempre antes que o próprio objeto tenha sido fabricado, dão-lhe uma significação engendrada igualmente a priori.”⁵⁵³

O processo de integração e de subordinação pela idéia de Nação remete ao tema gramsciano por excelência do papel dos intelectuais na construção da Nação⁵⁵⁴ ou, como afirma Renato Ortiz, “a idéia de construção nos remete a uma outra noção, a de mediação”, pois, ao “colocarmos a identidade como um elemento de segunda ordem, estamos implicitamente nos referindo aos agentes que a constroem”, aos “mediadores simbólicos” ou “agentes históricos que operam uma transformação simbólica da realidade sintetizando-a como única e compreensível”, responsáveis por “confecionar” “uma ligação entre o particular e o universal, o singular e o global”. Pode-se estabelecer uma distinção entre a cultura popular e a nacional (distinção que interessa ao tema na medida em que se pretende confundir a memória popular com a memória da nação), pois as ações destes especialistas são “distintas daqueles que encarnam a memória coletiva”. Enquanto estes se

⁵⁵² CHAUÍ, Marilena. Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 13-14.

⁵⁵³ SANTOS, Milton. Pensando o Espaço do Homem. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007, p. 37-38.

⁵⁵⁴ Sobre o papel dos intelectuais na construção da nação, veja-se: CHAUÍ, Marilena. Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000; ORTIZ, Renato. Cultura brasileira & identidade nacional. São Paulo: Brasiliense, 1994; PECAUT, Daniel. Os intelectuais e a política no Brasil. São Paulo: Ática, 1990; IANNI, Octávio. A ideia de Brasil moderno. São Paulo: Brasiliense, 1994.

voltam para uma vivência imediata, “aqueles se orientam no sentido de elaborar um conhecimento de caráter globalizante.”⁵⁵⁵ Como conclui Renato Ortiz:

“A construção da identidade nacional necessita portanto desses mediadores que são os intelectuais. São eles que descolam as manifestações culturais de sua esfera particular e as articulam a uma totalidade que as transcende. Um exemplo deste tipo de articulação se encontra na elaboração da identidade étnica – nesse caso, a totalidade coincide com a etnia e não mais com nação. As manifestações de cultura negra sempre existiram enquanto expressões culturais, elas estão particularizadas nas ações dos africanos (por exemplo, uma dança, um ritual religioso) ou dos negros americanos (por exemplo, um gesto, uma fala, um canto); porém, o movimento da negritude só pode surgir no momento em que um grupo de intelectuais toma como objeto de reflexão a condição do negro diante do homem branco.”⁵⁵⁶

Na perspectiva de Antônio Gramsci⁵⁵⁷, os intelectuais são responsáveis por sedimentar o bloco histórico, vale dizer as dimensões não garantidas pela coerção e produtoras do consenso que permitem a reprodução de determinadas relações de produção. Isso pode ser feito pela cooptação nos aparelhos ideológicos do Estado ou na sociedade civil de indivíduos pertencentes a classes sociais distintas daquela dominante. No seio do bloco histórico, a atividade intelectual confere a unidade as formas culturais, ainda que elas sejam, de fato, plurais.

Milton Santos, por sua vez, enfatiza o papel do Estado-Nação nas lutas locais de poder que facilitam a inserção das elites locais no capitalismo mundial - o que em termos gramscinianos poderia ser lido como a inserção das relações locais e dos intelectuais no bloco histórico internacional ou como a apropriação do espaço pelo sistema capitalista, como se verá a seguir com Nicos Poulantzas.

Como destaca Milton Santos, “com o advento de uma sociedade mundial, também o espaço se tornou mundial. Num mundo em que as determinações se

⁵⁵⁵ ORTIZ, Renato. Cultura brasileira & identidade nacional. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 139-141.

⁵⁵⁶ ORTIZ, Renato. Cultura brasileira & identidade nacional. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 141.

⁵⁵⁷ Veja-se: COUTINHO, Carlos Nelson. As categorias de Gramsci e a realidade brasileira. In: COUTINHO, Carlos Nelson; NOGUEIRA, Marco Aurélio (org). Gramsci e a América Latina. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988; COUTINHO, Carlos Nelson. Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político. Rio de Janeiro: Campus, 1992; GRAMSCI, Antônio. Maquiavel, a política o estado moderno. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; GRAMSCI, Antônio. Os intelectuais e a organização da cultura. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1982. GRAMSCI, Antônio. A questão meridional. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

verificam em escala internacional", "os acontecimentos são comandados direta ou indiretamente por forças mundiais". Desse modo, "é a unidade dos acontecimentos e a cumplicidade das formas que perfazem a unidade do espaço". O novo "espaço global" não é "de forma alguma, de a-espacialização":

"A Nação-Estado é a formação socioeconômica por excelência, não menos pela necessidade e complexidade das relações exteriores que pelas necessidades emergentes das sociedades locais. Neste mundo de agudas contradições, a proliferação dos Estados é uma necessidade para a expansão do imperialismo em sua fase atual, porque ele institucionaliza e facilita a penetração. A Nação-Estado é em grande parte consolidada e, por vezes, o resultado das contradições internas criadas pelo capitalismo tecnológico, notadamente por aspirações que a exacerbação da publicidade e do comércio exterior faz nascer, como a diversificação do consumo, desde a alimentação até a educação.

Analogamente, é pelo fato de as estruturas sociais se terem tornado tão específicas que o Estado nacional se impõe como uma necessidade. Com efeito, a mundialização das relações, que são igualmente relações hierárquicas, estimula a contradição em toda parte: formas diversas de nacionalismo, fundado na exploração dos recursos naturais e humanos, a pobreza crescente lado a lado com a riqueza crescente e a necessidade, imposta ao Estado, ao levar tudo isso em conta. Que dizer do fato de que duas grandes potências, e só elas, conhecem melhor do que ninguém as riquezas naturais dos demais países e elaboram as técnicas de sua utilização? O valor dos espaços "vazios" tornou-se algo desconhecido de todos, salvo para essas duas superpotências. É-se levado a considerar toda porção de espaço como potencialmente utilizável." ⁵⁵⁸

Por fim, Nicos Poulantzas apresenta uma leitura marxista da diferença existente no conceito de nação moderna e do papel do Estado Moderno na construção da matriz temporal que a sustenta. Para o autor, a idéia de nação, como acima apresentada, não faria parte apenas da história das mentalidades, não seria o resultado das mudanças nas formas de representação coletiva. Ao contrário, os elementos constitutivos da nação (a unidade econômica, o território, a tradição) seriam modificados pela ação direta do Estado na organização material do espaço social e do tempo, constituindo-se tais procedimentos numa "rede de dominação e

⁵⁵⁸ SANTOS, Milton. Pensando o Espaço do Homem. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007, p. 25-26.

poder.”⁵⁵⁹ ⁵⁶⁰ Nesse contexto, a “tradição histórica comum” do Estado-Nação - ativada nos discursos sobre a Constituição - é explicada pelo autor a partir da comparação das noções de tempo nas sociedades pré-capitalistas e capitalistas.⁵⁶¹

Nas sociedades pré-capitalistas, antigas e medievais, há tempos plurais e singulares, “mas cada um desses tempos é contínuo, homogêneo, reversível e repetitivo”, eles são “fluidos e correntes”, não universalizáveis, “pois eles não são, estritamente falando, mensuráveis, sendo a medida não mais que a codificação das irregularidades entre segmentos”. Desse modo: “se as sequências se dividem e se surgem momentos privilegiados (...), é no essencial ao sabor do “acaso” (sociedades antigas) ou de presença da eternidade (cristandade medieval).” Não há sucessão, conexões e acontecimentos. “É o tempo presente que atribui seu sentido ao antes e ao depois.”⁵⁶²

Nas sociedades antigas, trata-se do “tempo plenamente circular do eterno retorno do mesmo”, o tempo da produção agrícola. Daí o conceito de anamnesis dos gregos. Passado e presente integram os Cosmos, memorizar é reencontrar outras regiões do ser, a essência que se manifesta no atual.⁵⁶³ O presente é o retorno às origens, uma repetição da gênese, um “decalque genealógico”. Porém, “retomar as origens não é retrair o histórico de uma acumulação (de experiências, saberes, acontecimentos) ou de um progresso que levam ao presente, mas atingir a omnisciência primeira.(...)”⁵⁶⁴

Por sua vez, nas sociedades medievais, mais do que a dependência do tempo natural, há um tempo político, vinculado à matriz espacial relacionada às atividades agrícola, artesanal, militar e clerical. Esses diversos tempos comportam datações, mas não são cronologias ordenadas “ao longo do tempo divisível como

⁵⁵⁹ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 112-113.

⁵⁶⁰ Duas ressalvas devem ser feitas. Nicos Poulantzas atribui papel excessivo ao Estado como agente direto dessas transformações, pois seu texto é tributário do momento vivido durante a guerra fria. Por sua vez, embora esteja a dialogar com o pensamento de Michel Foucault, exclui nesse ponto um aspecto essencial da relação Estado Moderno e Nação, a categoria povo, como forma de organização material do domínio da vida, ou melhor, de um bio-poder, elemento que é essencial, como se verá adiante, para compreender os discursos e as práticas do racismo científico.

⁵⁶¹ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 112-113.

⁵⁶² POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 123.

⁵⁶³ BOSI, Alfredo. Cultura como tradição. In: Literatura Brasileira: tradição/contradição. BOSI, Alfredo (org.). São Paulo: Ática, 1987, p. 33-58.

⁵⁶⁴ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 124.

segmentos iguais e o quadro de referência de diversos momentos não é o do número". São "cronologias significantes de um tempo contínuo que é, sob a égide da religião, um tempo da eternidade escândido pelas significações sagradas".⁵⁶⁵ Essas matrizes temporais estão presentes nas formas e nas técnicas do poder político, calcadas no corpo de soberano, e conduzem a uma história como comemoração:

"Esse corpo político não faz história, ele está imerso numa história contínua e homogênea na qual os sujeitos do poder se identificam ao decalcá-la. Não existe, propriamente falando, sucessão desses soberanos da mesma maneira que acontecimentos encadeados, mas uma circulação por transferência de um poderio ininterrupto, por constante reatualização do passado: é a *translatio imperii*. Esta história-rememoração não é nunca mais que um desenrolar de genealogias, de divindades, heróis, dinastias e a representação, desta feita, da história se faz sobre o modo da crônica. Entre o passado e o presente não existe percurso mas propagação por eco, esse presente não passa do perpétuo anúncio de um futuro que reunirá os inícios. Esta história não se faz, mas comemora-se. Historicidade política que não pode ter relações constitutivas com um território no sentido moderno, na medida em que esse território-fronteiras não existe ainda em que as matrizes espaciais pré-capitalistas têm o mesmo fundamento que as matrizes temporais pré-capitalistas: esta historicidade política está calcada no corpo do soberano que não é, em si, soberano de um território-fronteiras."⁵⁶⁶

Em síntese, as matrizes temporais das sociedades pré-capitalistas guardam em comum a noção do tempo cíclico, muito embora nas sociedades medievais a escatologia cristã amplie o elo entre fim e começo. Elas produzem cronologias que não são mensuráveis num padrão universalizado e possuem relação direta com a idéia de perpetuação do poder soberano que dever ser rememorada, uma história comemorativa, vinculada ao corpo do soberano, mas que ainda não estão ligadas a um território.

Por sua vez, a "matriz temporal capitalista" advém da nova organização da produção industrial, na qual o "trabalho em série" implica "um tempo segmentado, serial, dividido em momentos iguais, cumulativo e irreversível pois orientado para o

⁵⁶⁵ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 124-125.

⁵⁶⁶ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 125.

produto e, através dele, para a reprodução ampliada, a acumulação capital". O processo de produção e de reprodução "tem uma orientação e uma finalidade, mas não tem fim."⁵⁶⁷

Segundo Poulantzas, em razão dessa "segmentação e serialização", o tempo capitalista estabelece um problema novo:

"o de sua unificação e sua universalização: dominar o tempo ao relacionar as temporalidades múltiplas como uma medida homogênea e única, que não reduz as temporalidades singulares (tempo operário e tempo burguês, tempo do económico, do social, do político) salvo se codifica seus intervalos. Mas cada temporalidade traduz as características de uma mesma matriz: e mais ainda (e é isso que escapa a inúmeros autores que-insistem na "universalização" do tempo capitalista), é esta matriz temporal que estabelece, pela primeira vez, as temporalidades singulares como temporalidades diferenciais, ou seja como variações de ritmo e de escansão de um tempo serial, segmentado, irreversível e cumulativo. Tempo cujos momentos se encadeiam e se sucedem, se totalizam num resultado, sendo o presente uma transição do antes para o depois."⁵⁶⁸

É dessa "matriz material do tempo capitalista, e não de sua representação" que surgem "representações teórico-ideológicas do tempo e da história, mais particularmente à teorização do tempo na filosofia da história (que nasce, no sentido exato, na sociedade burguesa) e nas ditas ciências humanas."⁵⁶⁹ Desse modo, "a historicidade moderna" é de "tipo evolutivo e progressivo", apresentando "um tempo que transcorre na medida em que ele se percorre, cada momento produzindo o outro num sentido irreversível, num encadeamento de acontecimentos voltados para um futuro sempre renovado."⁵⁷⁰

O Estado-Nação assume o importante papel de impor padrões comuns de mensuração e de unificar as singularidades. A matriz temporal capitalista" integra "a ossatura institucional específica do Estado e seus diversos aparelhos (exército, escola, burocracia, prisões). No mesmo passo ele materializa "essa matriz na

⁵⁶⁷ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 126.

⁵⁶⁸ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 126.

⁵⁶⁹ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 126-127.

⁵⁷⁰ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 126.

adaptação dos sujeitos sobre os quais seu poder se exerce e nas técnicas de exercício de poder, notadamente nos procedimentos de individualização do povo-nação.” A unificação do tempo é realizada ao “estabelecer a norma e a medida”, “o quadro referencial das variações das temporalidades singulares”, ao regular os avanços e recuos e enquadrar os desvios do tempo e ao fornecer o código de suas medidas. Desse modo, o Estado enquadra o “desenvolvimento desigual próprio a cada formação” dos setores da formação capitalista, e “a formação social capitalista, o Estado-nação, é também um processo homogeneizado pelo Estado.”⁵⁷¹

É nesse contexto que se pode compreender:

“o sentido novo da tradição histórica na constituição da nação moderna, a relação desta tradição com o Estado e o fato de que esta nação tende a coincidir com o Estado moderno sempre em duplo sentido: coincidir com o Estado existente ou organizar-se como Estado autônomo e constituir-se como nação moderna ao criar seu próprio Estado.”⁵⁷²

Esse novo sentido, difere daquele do pré-capitalismo:

“Aqui, o presente histórico não passa de transição entre o antes e o depois, o passado não está copresente no atual mas pedaços reunidos que vêm a ter um sentido novo no futuro. A tradição não é mais que a comemoração de um passado que inclui o depois, verdade de uma historicidade reversível e orientada para o grande começo, repetição e recomeço das origens. A tradição torna-se ora o que acelera, ora o que freia: ela recobre uma sucessão de momentos que produzem uma história irreversível escandida pelo Estado. A unidade desses momentos históricos, a orientação de sua sucessão, são açambarcados pelo Estado moderno que não tem legitimação de origem no corpo soberano, mas uma série de fundações sucessivas no povo-nação cujo destino ele representa. Esse Estado realiza um trabalho de individualização e unificação, constitui o povo-nação no sentido também em que representa sua orientação histórica, designa-lhe objetivo e traça o que vem a ser uma via. Nessa historicidade orientada embora sem termo, o Estado representa uma eternidade que ele produz por auto-engendramento. Esse Estado organiza a nação em marcha e tende assim a monopolizar a tradição nacional

⁵⁷¹ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 112-113.

⁵⁷² POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 112-113.

quando cria o momento de um futuro que ele designa, e ao estocar a memória do povo-nação. Uma nação na era capitalista sem Estado próprio é uma nação dissipada de sua tradição e de sua história, pois o Estado-nação moderno significa também diluição das tradições, histórias e memórias das nações dominadas incluídas em seu processo.”⁵⁷³

Esse “Estado instaura a nação moderna ao eliminar os outros passados nacionais e ao fazer variações de sua própria história”.⁵⁷⁴ Desse modo, como apontou Francesco Rossolillo, a Nação representa, na história recente do continente europeu, “uma inversão da ordem das lealdades” adquirindo preponderância sobre outro sentimentos de pertença territorial, religiosa ou ideológica:

“Assim, por um lado, as lealdades e as identificações regionais e locais foram praticamente eliminadas em função da superior referência à Nação e, por outro lado, as mesmas filiações ideológicas ou religiosas, que se apresentam como universais pela sua própria essência, foram, na prática, subordinadas à filiação nacional e, conseqüentemente, perderam sua própria natureza mais profunda.”⁵⁷⁵

Na explicação de Poulantzas, “O imperialismo moderno” é “homogeneização de sequências temporais, assimilação de histórias pelo Estado-nação”. Produz-se assim uma das ilusões fundamentais da modernidade, a de que o “Estado é o sujeito da história real”. No mesmo passo, “As reivindicações de autonomia nacional e de Estado próprio da era moderna significam, na historicidade capitalista, reivindicações de uma história própria.”⁵⁷⁶

Em resumo, a história do Estado-Nação não resulta de uma estruturação natural, é um processo seletivo e excludente. Porém, ela não apenas exclui determinadas narrativas, como tende a unificar as narrativas que aceita a partir da projeção de um futuro, domesticando-as. A nação representa uma modificação profunda na história comemorativa que passa a ser executada em razão de um

⁵⁷³ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 112-113.

⁵⁷⁴ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 112-113.

⁵⁷⁵ “É prova disso, desde o início do século XIX até os nossos dias, a história dos movimentos liberal, democrático e socialista, cujo ápice foi a falência do internacionalismo socialista, quando eclodiu a Primeira Guerra Mundial, e da própria religião católica, cujos sacerdotes abençoam os exércitos nacionais, isto é, os instrumentos da violência nas relações internacionais, traindo assim, em nome da Nação, a vocação ecumênica da Igreja.” ROSSOLILLO, Francesco. Nação. In: BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 795.

⁵⁷⁶ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 112-113.

tempo acumulativo, marcado pela noção de progresso, e, por isso, permite ao Estado o papel de ser o elemento transcendente que permanece no tempo, como constante, capaz de projetar o futuro.

Poulantzas chama a atenção ainda para o fato de que “as premissas do totalitarismo moderno” estariam presentes na relação peculiar que estabelece “entre a história e o território” no Estado Moderno, pois:

“O Estado capitalista estabelece as fronteiras ao constituir o que está dentro, o povo nação, quando homogeneiza o antes e o depois do conteúdo desse enclave. A unidade nacional, a nação moderna, torna-se assim a historicidade de um território e territorialização de uma história, em suma a tradição nacional de um território materializado no Estado-nação: as balizas do território tornam-se referenciais da história traçadas no Estado. As limitações implicadas na constituição do povo-nação moderno não são tão terríveis porque são ao mesmo tempo fragmentos de uma história totalizada e capitalizada pelo Estado. Os genocídios são eliminações do que vem a ser “corpos estranhos” no território e na história nacional, exclusões fora do espaço e fora do tempo. O grande confinamento só se torna assim porque ele é também divisão e unificação de um tempo serial e segmentado: os campos de concentração são uma invenção moderna no sentido também que a capa-fronteira se fecha sobre os “antinacionais” que estão suspensos no tempo, suspensos da historicidade nacional. As reivindicações nacionais, na era moderna, de um Estado próprio, são reivindicações de um território próprio que significam assim reivindicações de uma história própria.”⁵⁷⁷

Enfim, o discurso de Nicos Poulantzas destaca ao largo da história três modos distintos de se pensar o tempo (cíclico e progressivo), o lugar (o espaço sem fronteiras, o território) o sujeito (o Soberano, o Estado) e o objeto da memória (o retorno da tradição, a comemoração, o desenvolvimento). Desse modo, a leitura de Nicos Poulantzas sobre a “matriz temporal” do Estado Moderno e seus reflexos na história da Nação, oferece um ponto de partida para se refletir sobre o seu esgotamento do paradigma do Estado Nacional quando encarado sob o prisma da construção do Estado Democrático de Direito, especificamente quando este mantém

⁵⁷⁷ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981, p. 112-113.

um compromisso constitucional explícito com o pluralismo.⁵⁷⁸ Uma história plural é, antes de mais nada, a história como problema, sobretudo, como perspectiva crítica do papel do Estado na construção da história.

Isso não significa que não haja limitações na análise de Nicos Poulantzas, devidas, sobretudo, ao fato de que sua crítica dirige-se tão somente ao Estado e ao direito, desconsiderando o papel do mercado.⁵⁷⁹ Porém, é essa limitação que lhe dá relevância, pois permite apreender que a correspondência entre Nação (tradição e história) e Estado, ou seja, a máxima de que toda a nação tenda a se constituir em Estado, numa história “territorializada”, é, em grande parte, um fenômeno reflexo da forma de atuação do Estado Capitalista. Aos excluídos da história nacional, expulsos da narrativa dominante, restaria assumir no modelo Estado-Nação a forma estatal para poderem afirmar sua existência; processo que, tendencialmente, como se sabe, provoca outras exclusões, numa espiral sem fim.

3.3 DA HISTÓRIA DA NAÇÃO À HISTÓRIA DA CIDADANIA: POR UMA HISTÓRIA DIGNA DE SER CONTADA

O direito como integridade e o reconhecimento do lugar vazio do sujeito constitucional oferecem, como se disse no primeiro capítulo, uma alternativa viável aos impasses da percepção da unidade social como algo substancial e, mais especificamente, para o uso da história como memória constitucional quando se está diante de questões sensíveis, tais como a discriminação racial.

⁵⁷⁸ Não se pretende sugerir que o autor formulou tal proposta. O que justifica esse uso é o fato de que Nicos Poulantzas ter, de um lado, reconhecido a pluralidade das relações de poder na sociedade capitalista, entendendo que elas não se limitavam às relações de classe, e, de outro, considerado o direito não apenas como mero produto classista de dominação, mas como uma relação complexa, em suas palavras, a condensação de uma correlação de forças. Logo, seu pensamento permite a abertura para se pensar as lutas sociais como integrantes da estrutura do direito, sem que se necessite fazer um apelo a uma posição ingênua de que o direito resultante dessas lutas seja a realização dos direitos reivindicados e possíveis de serem realizados naquele momento histórico. O que limita a realização do direito não é apenas a sua compreensão, mas também as relações de poder que ele integra.

⁵⁷⁹ Devidas, sobretudo, ao fato de sua análise se situar no auge da guerra fria. Ela não desenvolveu a preocupação com o papel da esfera da circulação de mercadorias, com o surgimento da “sociedade de consumo” e do “espetáculo”, tanto da mercadoria quanto do poder, o que o teria levado a pensar que a sociedade capitalista poderia fazer uso mais intenso de formas não estatais de homogeneização das tradições a partir do mercado e que o caráter consciente da noção de história a partir do Estado pudesse ser paulatinamente substituído pela representação do nacional na mercadoria ou do nacional como um dos produtos culturais. Sobre a sociedade do espetáculo, veja-se: DEBORD, Guy. A Sociedade do Espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

Nesse sentido, um Estado que pretenda se constituir e constituir uma sociedade dentro de um modelo pluralista necessita reconhecer que não pode pretender o monopólio do social, e somente pode realizar esta tarefa quando não se concebe como ponto de partida e de chegada da história, ou seja, deve renunciar a produzir, por suas instituições uma historicidade cuja finalidade seja a de justificar a própria existência do Estado. Ao invés de se apresentar como a síntese definitiva do passado no presente, pode se projetar como espaço de diálogo entre diversas narrativas cuja permanência justifica-se na medida em que articulam representações das lutas por construção de direitos, e num sentido mais amplo, como possibilidades de futuro.

Em segundo lugar, como apontam as críticas acima descritas há a necessidade de redefinir a idéia de progresso. Isso porque, tal como articulada na matriz temporal do Estado Capitalista, a idéia de progresso somente pode se constituir por uma seleção arbitrária (e autoritária) de acontecimentos existentes na história vivida, entre a miríade de acontecimentos. Por outro lado, essa seleção será marcada pelo particularismo cultural europeu porque a memória da forma “Estado Moderno” foi projetada como um produto cultural e político ao qual se deve sempre retornar, como constante. Por mais aberta que se pretenda, a história nacional não poderá afirmar como tradição acontecimentos que são essencialmente negativos em relação à consolidação do Estado. A idéia de progresso, por sua vez, além projetar uma visão homogênea de realidades plurais, serve ou provoca o esgotamento da noção de mudança, o que é essencialmente preocupante numa sociedade em que o déficit entre enunciação de direitos e o compromisso institucional e intelectual com a sua realização é uma constante. Em termos concretos, pode-se ter como efeito perverso de se tentar incorporar uma das inúmeras memórias e tradições negadas dentro de um modelo de progresso a falsa idéia de que essa incorporação está concluída e é uma fase superada, o que, de fato, poderia representar a permanência de outras formas de exclusão que sempre se renovam no presente de uma sociedade complexa.

Em terceiro lugar, as versões da nação como “laços imemoriáveis” ou como “organismo natural” são formas essencializantes de uma identidade forjada, sobretudo pelas práticas estatais. Buscam dar a nação uma substância, e para isso não podem colocar a história da nação dentro da história, ou seja, não podem

aceitar a crítica de que foram produtos sociais de relações de poder determinadas, e desse modo, permanecem reproduzindo-as. Pouco importa se respondem a problemáticas culturais específicas, o fato é que a defesa da nação se torna sempre a defesa de uma narrativa que não problematiza sua origem como produto ideológico e excludente. A versão do contrato voluntário de convivência, por sua vez, essencializa o ponto de partida denunciado pela crítica da história da nação, o fato de que a convivência ou a forma como são estruturadas as relações dentro de um Estado nada tem de caráter voluntário. Como expressava Ronald Dworkin, uma modelo de associação tem mais chances de oferecer uma resposta viável aos problemas do presente se coloca em debate continuamente o caráter do vínculo e das obrigações entre os seus integrantes. Logo, a ordem de lealdades não pode ser encontrada num estado pré-social, não apenas porque ela pode representar uma projeção ideológica, mas também porque ela pode expressar, e quase sempre o faz, relações de domínio.

Essas são as principais razões pelas quais a nação como ponto de partida para a construção de problemas constitucionais ou pelo qual o uso de uma história nacional não problematizada parece representar muito mais um problema do que um ponto de partida viável. Nesse quadro de crítica a história nacional, a melhor alternativa para o Direito Constitucional seria a substituição desse paradigma nacional por outro que partisse das representações da cidadania. Em outras palavras, ao invés de uma história nacional preocupada construída em torno do tema da integração entre os elementos do Estado Moderno (território, povo e soberania), uma narrativa da construção da cidadania, de suas contradições, limites e possibilidades, capaz, inclusive, de pensar-se além das fronteiras nacionais. Neste contexto, não apenas a ordem de lealdades assumida pela nação como constructo estatal na sociedade capitalista necessita ser reavaliada como também o modo como são representados os integrantes da associação e o modo como eles se relacionam com as tradições consideradas como externas ao ambiente sobre o qual o Estado se legitima como Estado-Nação.

O modelo mais conhecido de explicação histórica da construção da cidadania no âmbito do direito brasileiro, o ensaio de T. H. Marshall, "Cidadania e Classe Social", tem sido utilizado para justificar a idéia de fases ascendentes de cidadania:

a dos direitos civis, a dos direitos políticos e a dos direitos sociais.⁵⁸⁰ Convém explorar um pouco esse modelo para compreender seus limites e possibilidades.

T. H. Marshall propôs seu modelo ao analisar o desenvolvimento da cidadania na Inglaterra e refletir sobre os argumentos de Alfred Marshall de que haveria a possibilidade de convivência entre a desigualdade econômica e o fato de os trabalhadores tornarem-se “cavalheiros” na nova sociedade.⁵⁸¹ Para este autor, apesar de um alto grau de desigualdade quantitativa (econômica), a sociedade não precisaria conviver com a desigualdade qualitativa, ou seja, o desenvolvimento tecnológico tenderia a libertar o tempo do trabalhador das rudezas do trabalho pesado e aumentar a produtividade, ofereceria as bases materiais para que ele pudesse ter acesso à educação, e criaria, desse modo, um novo padrão de comportamento cultural nas classes trabalhadoras, o qual, numa primeira geração, poderia até mesmo ser imposto pela ação do Estado.⁵⁸² Porém, ele “não identificou a vida de um cavaleiro com o status de cidadania”, pois para tanto teria de defender seu ideal em termos de direitos legais, a serem garantidos pela intervenção do Estado, o que para ele era inaceitável. Referia-se tão somente a possibilidade de “participação integral na comunidade” por parte dos trabalhadores ou de, um dia, atingirem o padrão civilizado, assumindo as obrigações, mas não os direitos da cidadania.⁵⁸³ Em síntese, estava preocupado em saber se haveria limitações econômicas no sistema capitalista para fazer nascer “um novo tipo de homem”, mesmo entre as classes trabalhadoras.

T. H. Marshall, ao considerar esses argumentos, demonstra que a crescente igualdade política conviveu com a crescente desigualdade econômica, e, no mesmo passo, como, mediante a política social, aquela alcançou modificar esta.⁵⁸⁴ Desse modo, para este autor, o conceito de cidadania poderia ser dividido em três partes (a

⁵⁸⁰ MARSHALL, T. H. Cidadania e Classe Social. In: Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63.

⁵⁸¹ MARSHALL, T. H. Cidadania e Classe Social. In: Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63.

⁵⁸² MARSHALL, T. H. Cidadania e Classe Social. In: Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63.

⁵⁸³ MARSHALL, T. H. Cidadania e Classe Social. In: Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 62.

⁵⁸⁴ MARSHALL, T. H. Cidadania e Classe Social. In: Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 10.

civil, a política e a social), muito embora considerasse que essa classificação fosse “ditada mais pela história do que pela lógica”:⁵⁸⁵

Segundo T. H. Marshall esses três elementos poderiam ser identificados do seguinte modo:

“O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais.”

586

As modificações nesses elementos é atribuído a uma diferenciação institucional, ou seja, “nos velhos tempos, esses três direitos estavam fundidos num só”, e “os direitos se confundiam porque as instituições estavam amalgamadas”. Desse modo:

“Sua evolução envolveu um processo duplo, de fusão e de separação. A fusão foi geográfica e a separação, funcional. O primeiro passo importante data do século XII quando a justiça real foi estabelecida com força efetiva para definir e defender os direitos civis do indivíduo – tais como o eram então – com base não em costumes locais, mas no direito consuetudinário do país. Como instituições, os tribunais eram nacionais, mas especializados. Seguiu-se o parlamento, concentrando em si os poderes políticos do Governo nacional e descartando-se de

⁵⁸⁵ MARSHALL, T. H. Cidadania e Classe Social. In: Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63.

⁵⁸⁶ MARSHALL, T. H. Cidadania e Classe Social. In: Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63,64-65.

todos menos um pequeno resíduo das funções judiciais que inicialmente pertenciam à Curia Regis, aquela “espécie de protoplasma constitucional do qual, com o correr do tempo, surgirão os vários conselhos da coroa, as câmaras do Parlamento e os tribunais de justiça”. Finalmente, os direitos sociais que se tinham enraizado na participação na comunidade da vila, na cidade e nas guildas, foram gradativamente dissolvidos pela mudança econômica até que nada restou senão a Poor Law , uma vez mais uma instituição especializada que adquiriu uma base nacional, embora continuasse a ser administrada localmente.”⁵⁸⁷

Porém, a tese que agora interessa não é tanto a da descrição dos diversos contextos de surgimento dessas três partes da cidadania, mas o acento que o autor dá em seu aspecto dinâmico e contraditório. De modo sintético, T. H. Marshall visualiza o nascimento da cidadania na passagem de um conceito de classe a outro, ou como se diz na linguagem sociológica corrente no país, na passagem de uma sociedade de estamentos a uma sociedade de classes sociais.

No primeiro momento, a classe:

“se assenta numa hierarquia de status e expressa a diferença entre uma classe e outra em termos de direitos legais e costumes estabelecidos que possuem o caráter coercitivo da lei. Em sua forma extrema, tal sistema divide uma sociedade numa série de espécies humanas distintas, hereditárias – patrícios, plebeus, servos, escravos e assim por diante. A classe é, por assim dizer, uma instituição em seu próprio direito, e a estrutura total tem a qualidade de um plano no sentido de que se lhe atribuem um significado e uma finalidade e é aceito como ordem natural.”⁵⁸⁸

Segundo T. H. Marshall, “o impacto da cidadania sobre tal sistema estava condenado a ser profundamente perturbador e destrutivo.” Os direitos de cidadania fundavam-se num status geral da cidadania e negavam o “sistema hierárquico de classe social, privando-o de sua substância essencial”. “A igualdade implícita no conceito de cidadania, embora limitada em seu conteúdo, minou a desigualdade do sistema de classe, que era, em princípio, uma desigualdade total”. A idéia de uma

⁵⁸⁷ MARSHALL, T. H. Cidadania e Classe Social. In: Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63,64-65.

⁵⁸⁸ MARSHALL, T. H. Cidadania e Classe Social. In: Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 77.

justiça nacional, fundada na lei igual para todos, destrói a “justiça de classe, e a liberdade pessoal, como um direito natural universal, deve eliminar a servidão”.⁵⁸⁹

Assiste-se ao nascimento da nova classe social que “não é tanto uma instituição em seu próprio direito como um produto derivado de outras instituições”. A idéia de “status social” somente pode ser apreendida num sentido amplo, pois as diferenças de classe não são estabelecidas “pelas leis e costumes da sociedade (no sentido medieval da expressão), mas elas emergem da combinação de uma variedade de fatores relacionados com as instituições da propriedade e educação e a estrutura da economia nacional.”⁵⁹⁰

Essa nova forma de entender a classe, provocada pela cidadania civil, não eliminou, segundo T. H. Marshall, a classe social, ela continuava a funcionar, pois “considera-se a desigualdade social como necessária e proposital. Oferece o incentivo ao esforço e determina a distribuição do poder. Mas não há nenhum padrão geral de desigualdade no qual se associe um valor adequado, a priori, a cada nível social.”⁵⁹¹ Em outras palavras, a desigualdade não pode ser mais o objetivo explícito da reprodução social levada a cabo pelas instituições.

Ora quando se considera o discurso do autor, sem pretender reduzi-lo a um quadro linear, percebe-se que ele contém elementos muito mais complexos do que a mera imagem de fases que vão se sucedendo. Ao contrário, é visível que a passagem de uma a outra forma de organização social e econômica recoloca problemas que gerações seguintes devem resolver. Todavia, não se tratam, necessariamente, de novos problemas, pois a exemplo da questão da regulamentação do trabalho e do cuidado com a pobreza, eles eram anteriores ao surgimento da cidadania moderna. A novidade é o fato de que a afirmação de uma parte da cidadania recoloca dentro de um novo contexto velhos aspectos. A igualdade civil, ao romper com a desigualdade inscrita na lei, não cria apenas a igualdade formal, mas também a possibilidade dos sujeitos questionarem até que ponto eles são iguais de fato, na medida em que a lei não pode mais servir para

⁵⁸⁹ MARSHALL, T. H. Cidadania e Classe Social. In: Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 77.

⁵⁹⁰ MARSHALL, T. H. Cidadania e Classe Social. In: Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 77.

⁵⁹¹ MARSHALL, T. H. Cidadania e Classe Social. In: Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 77.

justificar a desigualdade, ou seja, na medida em que igualdade e desigualdades são palavras desacralizadas em seu conteúdo.

Numa perspectiva diferente daquela proposta pelo marxismo, o enunciado da igualdade formal, em T. H. Marshall, não teria servido apenas para ocultar a nova desigualdade fundada na apropriação privada dos meios de produção, sob o manto da ilusão do contrato, mas por criar condições para a consciência de que a igualdade em si é um problema a ser resolvido e que as desigualdades, sejam elas quais forem, podem ser continuamente questionadas.⁵⁹² Se há uma noção de evolução, ela dista das forças inevitáveis que governariam a história, para submeter a história à compreensão de que a dinâmica dos conflitos sociais na modernidade caminham para uma complexidade crescente e não necessariamente pensada pelas gerações anteriores.

Porém, tal narrativa encontra limitações quando a cidadania torna-se uma problemática para além do contexto inglês utilizado como referência das descrições. Não se pode supor que o mesmo dinamismo tenha se repetido em outros contextos, pois, neste caso, estar-se-ia supondo a existência de leis inevitáveis que regem o comportamento dos sistemas jurídicos. Como afirma Milton Santos: “A metamorfose dessa liberdade teórica em direito positivo depende de condições concretas, como a natureza do Estado e do regime, o tipo de sociedade estabelecida e o grau de pugnacidade que vem da consciência possível dentro da sociedade civil em movimento.” Ou seja, “As sociedades, pela sua própria história, são mais ou menos abertas às conquistas do homem.”⁵⁹³

Todavia, a implosão de uma descrição restrita, não é um acontecimento negativo para a compreensão da cidadania. Ao contrário, ela parece revelar uma dinâmica em que, no lugar da periodização, faz saltar aos olhos as lutas sociais e os processos materiais e culturais que permitem construir em determinados contextos a cidadania.

Sob outro prisma, a narrativa de T. H. Marshall tende a apresentar as contradições vivenciadas por cada geração como um problema teórico a ser resolvido. Ele tende a enfatizar a posição dos intelectuais que consideraram essas contradições como problemas, mas pouco ou nada diz sobre as contradições sociais que elas expressavam. De certo modo, ela subrepresenta a dinâmica da liberdade

⁵⁹² Sobre a idéia de contrato e crítica marxista veja-se:

⁵⁹³ SANTOS, Milton. O Espaço do Cidadão. São Paulo: Studio Nobel, 2002, p. 08.

que a idéia de uma sociedade igualitária, livre de hierarquias naturais instaura. Ainda assim, há a possibilidade de reconstruir sua narrativa sob esse aspecto, ou seja, é possível sugerir que as representações que impelem a novas concepções de cidadania são carreadas pelas lutas sociais por reconhecimento de grupos sociais que, diante da abertura da sociedade pela ausência de fundamentos legítimos para as desigualdades, colocam em cheque as desigualdades sociais que permanecem em dada sociedade. A igualdade formal impulsiona a igualdade por findar ou por oferecer um instrumental simbólico para contestar as desigualdades naturalizadas.

Num quadro de dinamismo e incerteza, a cidadania não se torna menos, por não poder ser descrita numa única grande narrativa, mas, ao invés disso, enriquece-se na complexidade e multiplicidade de perspectivas. A tese de T. H. Marshall pode ser sintetizada como o reconhecimento no interior das democracias ocidentais de uma tensão permanente, “em determinado momento, entre o princípio da igualdade implícito no conceito de cidadania e a desigualdade inerente ao sistema capitalista e à sociedade de classes”⁵⁹⁴, desde que se reconheça que ela se expressa na luta pela e na liberdade e a instauração desse princípio como elemento dinâmico das igualdades. Se há uma história da cidadania, ela é uma tentativa de perguntar sobre o modo como tensões em torno dos princípios da igualdade e da liberdade foram materializadas em cada época e em determinado território.

Neste caso, o componente territorial se refere: ao fato de que o Estado Nacional consolidou, numa relação instável, tanto as relações de forças entre grupos sociais quanto o modo de produção dominante e suas relações de dominação.⁵⁹⁵ E, desde que se compreenda o Estado-Nacional como resultante de relações que se estabelecem numa sociedade mundial; “aos níveis territoriais administrativos que correspondem a diversos níveis de demanda social” e, sobretudo, porque o homem constrói um território e é por ele construído ao habitá-lo.⁵⁹⁶

A crítica das matrizes temporal e territorial do Estado-Nacional, permite que uma história da cidadania se liberte do conceito de modernização que busca separar a modernidade de seu ideário positivo de seu conteúdo principiológico, resumindo-a a seus aspectos econômicos. Isso porque “a plena realização do homem, material e imaterial, não depende da economia”, tal como definida pelos integrantes das

⁵⁹⁴ SANTOS, Milton. O Espaço do Cidadão. São Paulo: Studio Nobel, 2002, p. 08.

⁵⁹⁵ POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

⁵⁹⁶ SANTOS, Milton. O Espaço do Cidadão. São Paulo: Studio Nobel, 2002, p. 06.

burocracias nacionais ou internacionais. “Ela deve resultar de um quadro de vida, material e não-material, que inclua a economia e a cultura.”⁵⁹⁷ Ela possibilita refletir sobre o elemento ideológico da Modernidade, tratado no primeiro capítulo, expresso nos ideais de desenvolvimento único e de negação das alteridades, enfim, das contribuições dos diferentes participantes de processos civilizatórios. Pois, como expressou Milton Santos, a cidadania não é unidimensional. A tensão intrínseca entre liberdade e igualdade impede que ela seja definida a partir de um único aspecto ou de pressupostos para que ela possa ser exercida. “O cidadão é multidimensional. Cada dimensão se articula com as demais na procura de um sentido para a vida. Isso é o que faz dele um indivíduo em busca do futuro (...)”⁵⁹⁸

A compreensão das cidadanias e dos múltiplos aspectos da cidadania construídos pela liberdade, distante das matrizes temporal e, em certa medida, territorial do Estado Nacional, coloca em primeiro plano um elemento que não pode mais ser resolvido em termos de acomodação linear e evolutiva, o conflito. Para os juristas isso pode representar um problema na medida em que o conflito é tradicionalmente representado como aquilo que o direito universalista pacifica. Para os defensores do apelo à história da nação, esse é um problema central, pois a idéia de nação foi construída como a progressiva implantação do consenso, da construção da lealdade. Ora o que a nova percepção fragmentada da história traz é o fato de que o direito é o espaço do conflito, que os conflitos são estabilizados pelo direito apenas temporariamente e que não há, numa visão bem pouco otimista, qualquer certeza definitiva sobre o retorno ou a permanência de formas mais degradantes de convivência humana com o uso do direito. Em casos extremos, a história das lutas sociais mostra como a razão ou a humanidade não foram apelos suficientes para impedir derrotas.⁵⁹⁹ Isso significa que a história da cidadania,

⁵⁹⁷ SANTOS, Milton. O Espaço do Cidadão. São Paulo: Studio Nobel, 2002, p. 06.

⁵⁹⁸ SANTOS, Milton. O Espaço do Cidadão. São Paulo: Studio Nobel, 2002, p. 42.

⁵⁹⁹ Conforme expressa Susan BUCK-MORSS, essa perspectiva expressa uma contradição pouco tolerável no senso comum: “Um aspecto - digamos dialético - da teoria da Escola de Frankfurt em geral e de Walter Benjamin em particular, que marca este século e mantém seu fascínio, talvez hoje mais do que nunca, é sua capacidade de combinar a política radical e social revolucionária com uma absoluta descrença na “história” como progresso, juntando, assim, duas posições antes pensadas como opostas: tradicionalmente, a esquerda socialista acreditou em progresso histórico, enquanto a direita, os social-conservadores, era a crítica nostálgica do curso da história. Contudo, neste século, política revolucionária e pessimismo histórico foram reunidos, pois a integridade intelectual não permitiria o contrário. Impossível atravessar o século XX, que se aproxima aos trancos e barrancos de seu final no momento em que falamos, e ainda manter a crença inabalável seja no capitalismo como resposta às preces dos pobres, seja na história como realização da razão.” BUCK-MORSS, Susan. “Walter Benjamin: entre moda acadêmica e Avant-garde”. In: Crítica Marxista,

mesmo aquela descrita por T.H. Marschal é apenas a descrição de uma possibilidade, não é o resultado necessário e inevitável. O único resultado inevitável é a complexidade crescente da diferenciação funcional, no sentido de que ela permite novas formas de compreensão sobre o lugar que cada indivíduo ou grupo deve ocupar nas relações de hierarquia social. A cidadania não é o resultado da consciência inevitável dos problemas da desigualdade, mas provoca novos desafios tanto para o conceito de desigualdade quanto novas formas de sua ocultação.

Afastada a possibilidade de se pensar uma história constitucional em termos de uma história nacional oficial e não problematizada, ao mesmo tempo em que ela poderia ser substituída por uma história das lutas sociais, apenas parcialmente territorializadas, em torno da igualdade e da liberdade, permanece ainda o problema do uso instrumental da história.

De fato, as novas percepções da história afastaram-se a um só tempo da noção de causa ou de causas determinantes e da promessa de que a disciplina história poderia ser instrumentalizada como saber capaz de, ao estudar o passado, compreender o presente e construir o futuro. Todavia, é de se observar que, malgrado à disciplina história não se possa atribuir as mesmas virtudes da fé positivista, isso não significa que ela não seja importante em uma sociedade complexa que articulou novas relações entre passado e presente.

Adam Schaff propõe concepções tipológicas que tentam explicar o fato de que os historiadores estão condenados a reescrever continuamente a história: “1) a reinterpretação da história é função das necessidades variáveis do presente; 2) a reinterpretação da história é função dos efeitos dos acontecimentos do passado emergindo no presente;”⁶⁰⁰

Gadamer enfrentou esse problema a partir da relação entre compreensão e interpretação. A pré-compreensão não pode ser afastada da interpretação da história.⁶⁰¹ O passado não pode ser conhecido, eis a conclusão a que essa revelação deveria conduzir. O que, por sua vez, induziria a uma segunda conclusão a história nada tem a dizer ao direito. Entretanto, o que a proposta do autor

número 10. Campinas: Unicamp. Disponível em: http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/A_Buck-Morss.pdf.

⁶⁰⁰ SCHAFF, Adam. *História e Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1983, p. 270.

⁶⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. A Virada Hermenêutica. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método 2*. Complementos e Índices. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método 1*. Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

demonstra é que nada pode ser conhecido sem pré-compreensões, e ao mesmo tempo, paradoxalmente, é porque temos pré-compreensões que se pode compreender. Nem compreender precede a ação de interpretar, nem o longo processo de compreender-interpretar pode ser descrito como um par, dividido em duas nômadas separadas e sucessivas. Ao invés disso, como diria Heidegger, há o habitar na linguagem.⁶⁰² Como argumenta Gadamer, se esse habitar na linguagem (que é a única possibilidade do que conhecemos normalmente por humano) é incapaz de permitir o nascimento da objetividade (tal qual descrita pelo positivismo) não significa que ele seja um desconhecimento. Ao contrário, se há a impossibilidade de conhecimento do passado, a vivência no presente propõe a possibilidade de reconstruirmos nossas narrativas. Em outras palavras, o passado como vivência no presente possibilita novos olhares, eis os limites de um conhecimento que não é absoluto, mas dista do simples niilismo ou do relativismo ilimitado.⁶⁰³

Por sua vez, Susan Buck-Morss, retoma a metáfora de Walter Benjamin para dizer que os leitores de textos passados são historiadores, anjos da história, olham para trás, avançando para o futuro. Para a autora o modelo de história de Benjamin torna-se atraente quando se constata o fracasso da idéia de progresso, pois:

“O sentido na história não é o “*wie es eigentlich gewesen ist*” (como efetivamente foi), nem uma verdade imutável e transcendental acessível a todos os tempos. O sentido histórico é transitório, dependendo não tanto do passado como do presente, do estado real das coisas. Assim, a história não pode ser abordada como um exercício acadêmico, como se dissesse respeito a uma raça de humanóides que existiram uma vez em Marte. Estamos na história e seu tempo não acabou. Fazemos a história em ambas as direções temporais, passado e presente. O que fazemos ou não fazemos cria o presente; o que sabemos ou não sabemos constrói o passado. Essas duas tarefas estão inextricavelmente vinculadas no sentido de que o modo como construímos o passado determina a nossa compreensão do curso presente. Para usar a metáfora de Benjamin, o vento da história mundial sopra do

⁶⁰² HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e Conferências*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

⁶⁰³ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica Em Retrospectiva*. A Virada Hermenêutica. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método 2*. Complementos e Índices. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método 1*. Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

passado; nossas palavras são as velas; a forma como são postas as determina enquanto conceitos. A causalidade da história é nachträglich, ação adiada, mais do que passos seqüenciais num contínuo temporal. Produzimos tal causalidade no presente pela forma como conferimos sentido a eventos passados, uma situação que acarreta enorme responsabilidade. Tem profunda importância o que vemos no passado e como o descrevemos. Ao mesmo tempo, uma vez que as construções potenciais da história são infinitas - o mar sem fim do presente - é impossível saber antecipadamente a forma certa de abordá-la. Com efeito, talvez nossa responsabilidade seja sempre procurar uma outra forma, solapando constantemente não os fatos da história, mas a forma como esses fatos se vinculam, na constante alteração das constelações na qual podem aparecer.”⁶⁰⁴

A criação de tais constelações, pelo hábito de retorno aos arquivos, são apenas transitórias, pois as relações de poder decorrentes do capitalismo, assim como aquelas produzidas pela própria divisão das disciplinas limitam a possibilidade de compreensão do presente. O historiador teria como tarefa científica descobrir os fragmentos e, como tarefa crítica, retomar as luzes deixadas pelos clarões das estrelas, vinculando-as em novas constelações, compreensíveis no presente, mas que, tal qual as estrelas, não são, de fato, “objetos observáveis”, unificadas em uma verdade.⁶⁰⁵

Por outro lado, a institucionalização da história, e num sentido mais preciso, a possibilidade da história como elemento estruturador da sociedade, é um componente da Modernidade. Conforme Jürgen Habermas, a idéia de história para o modernos, a partir de Hegel, representou a passagem da versão dos “novos tempos” da escatologia cristã, ou seja, “a idade do mundo que ainda está por vir e que despontará com o dia do Juízo Final”, para o “conceito profano de tempos modernos”, “capaz de expressar a idéia de que o futuro já começou, de uma época orientada para o futuro, aberta ao novo que há de vir. É por tal razão que “a cesura em que se inicia o novo é deslocada para o passado, precisamente para o começo

⁶⁰⁴ BUCK-MORSS, Susan. “Walter Benjamin: entre moda acadêmica e Avant-garde”. In: Crítica Marxista, número 10. Campinas: Unicamp. Disponível em: http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/A_Buck-Morss.pdf.

⁶⁰⁵ BUCK-MORSS, Susan. “Walter Benjamin: entre moda acadêmica e Avant-garde”. In: Crítica Marxista, número 10. Campinas: Unicamp. Disponível em: http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/A_Buck-Morss.pdf.

da época moderna”.⁶⁰⁶ O caráter paradoxal dessa relação está no fato de que a Modernidade produz a consciência de uma diferença com o passado e para tanto deve partir de um processo crescente de compreensão do que considera o passado, e, no mesmo passo, construir uma diferença. De qualquer modo, o passado como prática discursiva problematizada foi mais essencial nos momentos de ruptura dos modernos que a certeza dos delineamentos de uma sociedade futura. Todo discurso político de mudança é, antes de mais nada, uma recuperação de uma relação do passado (ou de um modo de ver o passado).⁶⁰⁷

Quando se observa os destinos atuais da disciplina história, o que se constata com maior clareza é que a história tem de suportar um pluralismo interno, porém, as fórmulas anteriores, nas quais se intentam reproduzir grandes narrativas sobre as grandes mudanças, ainda encontram lugar. Pode-se afirmar que há, no âmbito da disciplina história, tendências que levam a pluralidade e tendências que levam a tentativa de unificação da história.⁶⁰⁸ Ambas marcam a mesma crise da matriz do Estado Nacional, pois apelam para a pluralidade de narrativas internas ao Estado e, no plano externo, à sobreposição das grandes narrativas às narrativas oficiais do Estado-Nação.

As histórias dos princípios da liberdade e da igualdade, da construção da cidadania, não estão em sintonia com aquilo que se tentou fixar como a história nacional nem com essas duas respostas centrais a sua crise. Isso porque ela não pode cair nas amarras do universalismo ou do historicismo. Pensar a cidadania como problema inclui pensá-la tanto no contexto local como global. A história da cidadania, conforme a expressão de Giacomo Marramao, “glocal”, passa pela

⁶⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. O Discurso Filosófico da Modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 09-10.

⁶⁰⁷ Como afirma a filósofa Susan BUCK-MORSS, ao debater a perspectiva da história em Walter BENJAMIN: “O tempo revolucionário deve então ser entendido como experiência temporal eternamente em oposição ao contínuo cronológico histórico, bem como eternamente em oposição ao repetitivo gesto do “novo” da moda, que se disfarça de *avant-garde* de nossa época. Cultura socialista e cultura de *avant-garde* precisariam ser repensadas em termos desta temporalidade, como constante construção de constelações que suspendem o tempo, como constante luta contra os líderes econômicos e políticos que leviana (e sempre incorretamente) prevêem o futuro a partir do presente, como constante oposição aos criadores da moda, para quem o tempo, como as mercadorias, é dotado de intrínseca obsolescência.” BUCK-MORSS, Susan. “Walter Benjamin: entre moda acadêmica e *Avant-garde*”. In: Crítica Marxista, número 10. Campinas: Unicamp. Disponível em: http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/A_Buck-Morss.pdf.

⁶⁰⁸ Recentemente, por exemplo, o tema típico do século XIX, o conflito entre civilizações parece reemergir, apontando para a idéia de totalidade que estava aparentemente morta.

mediação de formas estatais específicas, mas a elas não se limita.⁶⁰⁹ Há uma história da consciência dos padrões de cidadania, os quais não se limitam às fronteiras dos Estados, isso não implica numa evolução necessária dos padrões de cidadania, mas uma tensão crescente em relação a tais padrões. Ao mesmo tempo, a descoberta da cidadania como ausência ou como desrespeito é uma experiência vivida na esfera do cotidiano que viceja no confronto com múltiplos pontos de referência. No mesmo passo, as correlações de força que expressam a construção do direito no âmbito dos Estados-Nacionais não podem ser tidas como o ápice da cidadania possível.

Ponderados esses aspectos das crises pelas quais atravessa a disciplina história, bem como da história vinculada ao Estado-Nação, pode-se retomar a questão inicial: a relação entre história e constituição. História e Direito, na prática judiciária, fazem recurso a narrativas interpretativas sobre fatos, porém a história para a história e a história para o direito também se distanciam de outro modo: Os argumentos jurídicos pressupõe limitações principiológicas a que a história não está submetida.

O recurso à história na compreensão de fenômenos de longa duração na prática jurídica propõe novos problemas. Para alguns, bastaria invocar o discurso de autoridade para optar por um modelo de compreensão disponível no cardápio da história. Ou seja, a solução poderia ser recorrer ao modelo das grandes narrativas e do evolucionismo da história do Estado-Nação. Todavia, nos temas constitucionais o intérprete se defronta justamente com argumentos cujo cerne é a crítica da narrativa histórica dominante. O recurso à autoridade, portanto, apenas poderia produzir uma resposta negativa às novas demandas.

Não apenas isso, como demonstrou Ronald Dworkin, a narrativa constitucional é criativa e, também nesse caso, se defronta com o problema da realização de princípios jurídicos. A propósito, como se disse no primeiro capítulo, o autor traça um paralelo entre direito e literatura, ao apresentar um gênero literário artificial denominado "romance em cadeia", com o fim de explicitar sua prática interpretativa.⁶¹⁰ Veja-se:

⁶⁰⁹ MARRAMAO, Giacomo. *O Mundo e o Ocidente Hoje*. O Problema de uma Esfera Pública Global. Texto apresentado no seminário "Direito, Política e Tempo na Era Global", promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, nos dias 06 e 07 de junho de 2007. Trad. Flaviane de Magalhães Barros.

⁶¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275.

“Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível.”⁶¹¹

A comparação do autor está longe de ser “literária”. Primeiro, porque a questão da interpretação está no cerne da discussão sobre a história. Segundo, porque ele demonstra como o romance em cadeia ao qual ele compara à prática jurídica, em seu fazer coletivo e segmentado, integra uma nova dimensão do tempo, mas, no mesmo passo, distancia-se da história fundada na percepção do sujeito do conhecimento que deve partir de uma coerência linear de progresso evolutivo que faz coincidir a história com as fases do desenvolvimento humano individual. A história não é a coerência com os modelos históricos oficiais, mas é composta de possibilidades de reler o passado (uma intervenção sobre o passado, no sentido benjaminiano?) na medida em que o que se busca é a coerência de princípios, o direito como integridade.⁶¹²

O olhar da história no direito, é um olhar direcionado, pretende solucionar, no presente, problemas que, quase sempre tem longa duração, mas se apresentam com novas dimensões no caso a ser debatido. Como afirma Dworkin:

“O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às

⁶¹¹ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 276.

⁶¹² A comparação entre a história e o direito é feito de forma explícita nos seguintes termos: “A história é importante no direito como integridade: muito, mas apenas em certo sentido. A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juizes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo dessas decisões anteriores.” DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 273-274.

vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.⁶¹³

A história, como disciplina, não pode prescrever o que deveria ter sido o passado e sequer pode, como já se pretendeu, orientar o sentido do futuro. O direito, ao contrário, integra uma dimensão temporal, comumente reconhecida como o "dever ser", mas a integração com essa dimensão se projeta para algo distinto daquilo que o fazer histórico manipula, o devir. O direito não apenas estabiliza expectativas sobre o futuro, mas argumenta sobre a "esperança". Como afirma Dworkin: "o otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza."⁶¹⁴

De outra parte, o discurso jurídico não pode atribuir ao historiador a responsabilidade sobre a verdade do passado, sem questionar os pressupostos da produção dessa verdade, e sem considerar que deve assumir uma responsabilidade anterior, a de falar pelos mortos. Mortos não apenas em sentido físico, mas ausentes das narrativas oficiais que constroem a memória de um povo. Isso porque o lugar ocupado pelo povo constituinte é constituído pelas exclusões da narrativa nacional. Daí a razão pela qual o direito como integridade pressupõe questionar as narrativas oficiais quanto a sua possibilidade de fundamentar decisões jurídicas quando essas mesmas narrativas são formadas a partir da violação dos princípios da igualdade e da liberdade.

Em conclusão, a opção do intérprete para rejeitar uma história tradicional (nacional e estatal) e reconhecer uma história constituída pelo pluralismo de narrativas apóia-se em argumentos diversos.

Há um imperativo da condição cognitiva humana, relativa à interpretação e compreensão, que impede o recurso às noções de sujeito do conhecimento e de conhecimento objetivo. Logo, impossível defender que a narrativa oficial seja a verdade científica. Por outro lado, tal imperativo está a demonstrar que a obscuridade não será jamais vencida pelo total esclarecimento. No limite, como explicita Gadamer, para compreender mais é necessário ser capaz de "filiar-se", ou

⁶¹³ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 274.

⁶¹⁴ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 274.

seja, dispor-se a uma posição de diálogo, o que provoca adotar um ponto de partida “a priori” da pluralidade do não conhecido.⁶¹⁵

Há um imperativo decorrente do debate sobre o estatuto epistemológico da história que atravessa a reconstrução dessa disciplina nas últimas décadas, demonstrando a insustentabilidade de noções estruturantes da história tradicional, entre as quais a noção de progresso, de autonomia e neutralidade conceitual. Logo, a unidade da história não pode mais ser pressuposta, mas deve, ao invés disso, ser problematizada. Quando se busca dar sentido à miríade de acontecimentos, indispensável é a certeza de que os conceitos utilizados na sua construção foram minimamente questionados. O conceito de identidade nacional é, nesse ponto, profundamente questionável.

Há um imperativo, complementar ao anterior, sobre o ponto de partida das constantes. O intérprete deve saber se ele está por fazer uma opção entre narrar a construção do Estado-Nacional, entidade, circunstanciada no tempo ou no espaço, ou se ele irá usar conceitos que vinculem a narrativa de construção do Estado Democrático de Direito. Há uma longa distância entre olhar a história a partir de conceitos como “integração nacional” ou olhar a história a partir da realização de direitos fundamentais. Na preservação daquilo que o constitucionalismo tem de específico, o intérprete constitucional ocupa-se, acima de tudo, da possibilidade de integração ao sistema de direitos. Somente narrativas plurais podem apresentar os diversos processos de constituição dos direitos fundamentais em sociedades complexas nas quais, segundo Milton Santos “os constrangimentos que se opõem a uma plena realização do indivíduo e da vida social estão por toda parte.”⁶¹⁶

Por fim, a Estrutura do Estado Democrático de Direito, tal como foi retratada por Ronald Dworkin, aponta para uma tensão constante entre igualdade e liberdade, e na necessidade de uma reconstrução do passado no presente. Isso não pode jamais ser realizado se não se parte do pressuposto que o passado possuía diversas alternativas e que o presente, ao reconhecer direitos, lança um novo olhar sobre os limites desse passado. Logo, somente o pluralismo de narrativas permite realizar a liberdade e a igualdade. São estes dois princípios que estão em jogo

⁶¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica Em Retrospectiva*. A Virada Hermenêutica. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método 2*. Complementos e Índices. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método 1*. Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

⁶¹⁶ SANTOS, Milton. *O Espaço do Cidadão*. São Paulo: Studio Nobel, 2002, p. 30

quando se pensa na constituição de uma esfera pública de discussão que a própria constituição brasileira legitima e regula.

Adotar uma narrativa tradicional sobre a constituição de direitos no Brasil significa excluir sujeitos de direitos, desconhecendo o valor da igualdade, e suprimir suas vozes da discussão, violando a liberdade. A história é plural, num modelo de Estado Democrático de Direito, porque narrativas oficiais, quando incorporadas acriticamente à interpretação do direito, representam violações à igualdade e à liberdade.

Há um ponto a considerar neste caso. Como se observou na apresentação dos manifestos, o discurso anti-cotas retoma uma noção acrítica da história, pois, por estratégias diversas, busca excluir a problematização da história do Brasil em relação aos negros. Ao mesmo tempo, a negação da história está combinada com a idéia de que a igualdade racial somente pode ser alcançada numa sociedade em que todos os demais problemas sociais tenham sido resolvidos, ou seja, o advento da sociedade perfeita expurgaria a possibilidade das formas de preconceito, discriminação e desigualdade. As reivindicações por mudanças são projetadas para o Juízo Final, tema que, como se viu no início do capítulo, encontrava fundamentação na ideologia religiosa, à época da escravidão. O pluralismo de que fala o discurso anti-cotas é um pluralismo vinculado ao passado, não ao presente. Os negros do passado foram capazes de se deixar amoldar a uma unidade brasileira, os do presente, ao contrário, são estrangeiros falam de um ponto de vista externo ao “brasileiro”. Enfim, eis a história como forma de expurgo do presente e impossibilidade de reconstruir o futuro.

Por sua vez, a comparação entre exemplos “brasileiros” e “estrangeiros” sobre a condição dos negros no passado e no presente propõe novas dimensões para além do mero distanciamento. Quando se considera as lutas dos negros no passado e no presente há uma proximidade. Nas lutas pela liberdade e pela igualdade na Modernidade constata-se a inexistência de uma esfera ideológica organizada e monopolizada pelo Estado, agora a decadência desse monopólio sobre as formas de representação do coletivo. Se os direitos sociais, a definição de seus destinatários e dos conteúdos das prestações devidas, por exemplo, coincidem com a tentativa de monopólio estatal de interpretar e disciplinar os conflitos sociais, a ruptura do monopólio estatal, com a emergência de uma sociedade civil fez

emergir não apenas novas formas de conflito, mas outras formas de solidariedade na sociedade civil que apresentam correspondência com aquele momento anterior. O espetáculo do negro revoltado não é uma peculiaridade de determinada sociedade, assim como não era, como se verá adiante, uma peculiaridade na Era das Revoluções.

3.4 QUAL HISTORIOGRAFIA SE AJUSTARIA AO IDEAL DE INTEGRIDADE NO DIREITO?

O debate sobre cotas raciais nas universidades brasileiras faz-se num cenário de uma “sociedade dividida”, numa situação na qual os integrantes das instituições jurídicas, e aqui se pode ampliar o conceito para todas as instituições envolvidas na construção de uma percepção das relações raciais, são recrutados entre grupos específicos, enquanto os objetos de seus discursos são os demais grupos excluídos desses espaços. Até mesmo o argumento de que há no Brasil uma sociedade miscigenada não tem sido capaz de iludir completamente aquilo que é dado à consciência comum constatar todos os dias, a exclusão dos negros e indígenas dos espaços institucionais privilegiados e, por tal razão, espaços de decisão.⁶¹⁷

Não há novidade, o ensino superior no Brasil assumiu, desde a sua criação, a tarefa de fornecer os quadros da burocracia estatal e, sobretudo, de unificação ideológica das elites brasileiras e de construtores de uma identidade coletiva. Esses três elementos foram decisivos para determinação da construção do Estado nacional e, especificamente, para a delimitação das políticas públicas voltadas para à cidadania. Os intelectuais formados nas instituições de ensino superior foram responsáveis por uma delimitação da memória nacional sobre os “problemas brasileiros”, “o processo de modernização”, “os modelos de desenvolvimento”, “a

⁶¹⁷ Veja-se a observação de José Jorge de Carvalho na Audiência Pública sobre Cotas para Afro-descendentes nas Universidades ADPF 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa> Anote-se que tal assertiva não é um julgamento sobre a condução do processo relativo ao princípio da igualdade processual e do contraditório, muito embora a posição contrária as cotas raciais, apesar de manifestações vazias, estivesse sobre-representada na audiência. Trata-se de um argumento sobre a estrutura das instituições jurídicas e das instituições de conhecimento que, por si mesmas, desmentem a existência de uma integração racial.

questão social”, “a questão racial” etc.⁶¹⁸ Eles desempenharam o papel de mediadores simbólicos entre práticas culturais populares e identidade coletiva

O predomínio do Estado, a permanência de longos períodos de ditadura, o autoritarismo e a modernização conservadora marcaram os limites da autonomia da sociedade civil (esfera pública civil) bem como a formação de uma burocracia e uma inteligência nacional arregimentada no curso de várias gerações em grupos sociais específicos (esfera pública estatal), ao mesmo tempo em que se limitaram os instrumentos de participação política. O que os partidários dos sistemas de cotas nas universidades públicas denunciam é, num primeiro plano, a ausência de negros nas esferas de decisão. Independentemente de qual seja sua causa, o fato é de que essa ausência produziu efeitos deletérios no plano das narrativas sobre todas essas questões. A ausência de diversidade de interesses e problemáticas vinculadas às lutas sociais dos negros induz a uma desconsideração de pontos de vistas sobre os interesses públicos. Nela encontra-se um problema que não pode ser resolvido exclusivamente em termos de equações sobre a igualdade formal, mas apenas a partir de um discurso que reconheça que a liberdade, como elemento estruturante do espaço científico, político e jurídico encontra-se ameaçada se e quando isso ocorre.

A defesa do discurso oficial sobre a nação feita pelos opositores ao sistema de cotas esbarra em duas questões específicas de conteúdo. O conteúdo do discurso sobre a identidade nacional apresenta um déficit geral da identidade nacional com a cidadania (Marilena Chauí)⁶¹⁹ e um déficit específico dessa identidade para com a cidadania das populações negras e indígenas (Clóvis Moura).⁶²⁰

De outra parte, a construção da identidade nacional opõe-se as correntes que abalaram a historiografia oficial. Sua sobrevivência não pode ser de forma ingênua atribuída a sua veracidade ou adequação científica, ao contrário, é a sobrevivência de um cadáver despido de seus fundamentos teóricos, mas sustentado por suas

⁶¹⁸ Sobre o papel dos intelectuais na definição das pautas sociais do Estado brasileiro, veja-se: IANNI, Octávio. *A ideia de Brasil moderno*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

⁶¹⁹ CHAUÍ, Marilena. *Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

⁶²⁰ MOURA, Clóvis. *As Injustiças de Clio*. O negro na historiografia brasileira. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990.

funções ideológicas.⁶²¹ No extremo, o comum em “nossa história”, como apontou Monica Chaverri, o fazer historiográfico é o resgate de uma “identidade despedaçada”.⁶²² Como lembra Rosa Del Olmo, na América Latina “o silêncio histórico é a regra e responde ao caracter mimético de nossas classes dominantes, pois a imitação necessita da amnésia”.⁶²³ Enfim, a recepção acrítica e a ahistoricidade são as características básicas de nossas percepções sobre a história local.⁶²⁴ Por sua vez, quando se reflete sobre as problemáticas que lhe são fornecidas pelas demais ciências humanas, o quadro não é muito distinto. Nos países da América Latina, resta a certeza de não se possuir, como apontou Raúl Zaffaroni, as grandes sínteses, de certo modo reconfortantes, encontradas nos países do capitalismo central.⁶²⁵

Em síntese, as narrativas oficiais sobre a nação opõem-se à cidadania em geral e a cidadania para os negros de forma específica, e, ao mesmo tempo, representam um sério atraso epistemológico para a história.

O recurso à história para a análise da concretização do Princípio da Igualdade no caso das cotas raciais pressupõe a reflexão sobre a desigualdade que se instaura em nossos registros oficiais e do senso comum sobre as histórias das populações negras e indígenas. O recurso à autoridade científica, não realiza a igualdade, antes pode implicar no seu esquecimento.

Por fim, a Constituição brasileira não apenas exemplifica a presença da pluralidade de sujeitos constitucionais, mas integra sujeitos constitucionais cuja presença em termos de nomeação somente pode ser explicada em termos de

⁶²¹ Segundo Antônio Carlos Wolkmer, pode-se constatar a existência de um pensamento libertador latino-americano que se define por uma luta teórico-prática contra uma situação sociopolítica de dominação, opressão, exploração e injustiça, a qual emerge de algumas formulações gerais, tais como a Teoria da Dependência, a Teologia da Libertação, a Pedagogia Libertadora do Oprimido e a Filosofia da Libertação. WOLKMER, Antônio Carlos. Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno. In: Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, ano 28, n. 28, p. 55-67, 1994-1995, p. 65. Veja-se sobre as novas perspectivas da História nos países centrais: BURKE, Peter (org). A Escrita da História: novas perspectivas. São Paulo: UNESP, 1993. p. 07-37.

⁶²² CHAVERRI, Monica Granados. La Historia como rescate de una identidad despedazada: Interpretación histórica de los sistemas punitivos de la Costa Rica del siglo XIX. In: El Sistema Penitenciario entre el Temor y la Esperanza. Irapuato-México: Orlando Cardenas, p. 205-225, p. 218.

⁶²³ OLMO, Rosa de. América Latina y su criminología. México: Siglo Veintiuno, 1984, p.10.

⁶²⁴ CHAVERRI, Monica Granados. La Historia como rescate de una identidad despedazada: Interpretación histórica de los sistemas punitivos de la Costa Rica del siglo XIX. In: El Sistema Penitenciario entre el Temor y la Esperanza. Irapuato-México : Orlando Cardenas, p. 205-225, p. 209.

⁶²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología: aproximación desde un margen. Bogotá, Colômbia: Temis, 1993.

narrativas plurais. Melhor ainda, apresenta normas cuja concretização impõe a consideração de narrativas plurais.

Os casos extremos dessa problemática são as comunidades quilombolas e as populações indígenas. Porém, esta dinâmica se estabelece em outros tantos casos como ocorre na igualdade conferida às mulheres, em que a argumentação sobre a discriminação de fato, impõe a consideração de narrativas plurais. A diferença entre o recurso a história no caso das mulheres e das populações indígenas e quilombolas, e dos afro-brasileiros, está em que a censura oficial sobre a pluralidade de narrativas não integrou de forma explícita no caso das mulheres o discurso da nacionalidade. Essas diferentes trajetórias não significam mais ou menos desigualdade de tratamento, mas, tão somente, mecanismos institucionais distintos de silenciamento e violência simbólica.

No centro dos argumentos contrários às cotas raciais está a essencialização da nação, ou seja, a transformação do discurso sobre a nação como algo natural, alheio a estrutura de direitos e a própria história. Em outras palavras, há o recurso a uma história mítica que viola o ideal de direito como integridade. Ao contrário, uma perspectiva que situe o pluralismo como elemento central do Estado Democrático de Direito necessita recuperar parte das narrativas históricas não tradicionais sobre a construção da idéia de nação e da estrutura de distribuição de direitos no país. Não se trata de uma mera opção no cardápio dos argumentos, mas de fazer opções conforme princípios jurídicos que, no caso brasileiro, foram constitucionalmente declarados.

4 Uma História da Liberdade?

Diante do que já foi dito anteriormente, a tentativa de rearticular narrativas plurais ao discurso sobre a interpretação constitucional, impõe, em certo sentido, aceitar de antemão o malogro de objetivos. Não é possível refazer toda a complexidade da história das lutas sociais de negros e indígenas num país em que a memória oficial foi construída com sua ausência. Ainda assim, a pretensão a seguir é demonstrar de maneira introdutória como a articulação do discurso racial na ideologia do Estado Nação brasileiro encontra relação com um amplo espectro de acontecimentos históricos vinculados ao nascimento do princípio moderno do direito

à liberdade, e, de modo mais específico, a uma seletividade em seus sentidos. Essa seletividade é um obstáculo a ser vencido para que se possa compreender como as reivindicações dos movimentos negros realizam a idéia de pluralismo. O que o discurso nacional sobre a história do Brasil, e, especificamente das “raças”, suprimiu ao longo de décadas, foram as tensões em torno da liberdade que, agora, reaparecem em torno do debate sobre a identidade negra, e mais especificamente sobre a identificação dos integrantes dos programas de políticas públicas.

Há uma distribuição histórica dos sentidos da liberdade que tende a situar a liberdade de negros e índios fora do espaço do direito e próximo à natureza. Nesse “topos”, o discurso moderno identifica as lutas das populações negras com a erupção da violência natural, retirando-lhe qualquer legitimidade no espaço público. O que alimenta essa interpretação tradicional das lutas constitucionais dos negros e indígenas é o imaginário do medo. Ao mesmo tempo, ela propõe que a integração possível de negros e indígenas deve ocorrer na esfera privada ou em representações que remetem a esfera da natureza. As reivindicações dos negros e indígenas são descritas em termos de relações de âmbito privado ou de processos naturais de acomodação com a natureza, o clima, a alimentação, a reprodução etc.

Ao criar a correspondência entre o uso do direito à liberdade ao imaginário do medo, resta ao discurso nacional produzir uma solução de integração que ao mesmo tempo exclua o conflito e situe as reivindicações de negros e índios fora do direito. De um lado, o discurso nacional tende a um reconhecimento do pluralismo social, mas que, assim constituído, induz a uma visão de integração subordinada dos negros e indígenas. De outro lado, o discurso nacional organiza-se como uma defesa contra o “assalto” de negros e indígenas aos modelos de integração jurídica. Trata-se, portanto, de um modo de conceber os processos de construção da cidadania (negra e indígena) como uma fratura e uma ameaça à Constituição.⁶²⁶

Em síntese, nos dois parágrafos acima, sugere-se que a formação da ideologia da Democracia Racial e as teses antropológicas, sociológicas e históricas que lhe são tributárias resultam dessa forma de compreensão da liberdade. Por óbvio, nessa perspectiva, o seu resgate atual pelos que se opõem às cotas raciais constituem, em primeiro lugar, uma violação do direito como integridade, sob o ponto de vista do princípio da liberdade.

⁶²⁶ Tema que, aliás, é uma constante nos argumentos contrários às cotas raciais.

Do ponto de vista concreto intenta-se elucidar por que a entrada dos negros para cena política e jurídica, ou a existência de políticas públicas destinadas aos negros, e, de modo ainda mais concreto, o fato de um cidadão se dizer negro provoca o surgimento de argumentos contrários que remetem à esfera do irracional (o medo das divisões perigosas, o medo do surgimento do racismo, o medo da dilaceração dos vínculos sociais etc.)

Para que se possa demonstrar como se dá essa seletividade de sentidos, convém retomar, ainda que de modo precário, a história recente da liberdade (e do medo). Ou melhor, como as diversas formas pelas quais os conceitos modernos relacionados à liberdade operam possuem um sinal múltiplo: de emancipação, e de disciplinamento ou supressão da liberdade para os negros e indígenas.

A conformação do pensamento constitucional moderno se deu na segunda metade século XVIII e primeira do XIX, período denominado por Eric Hobsbawn de a “Era das Revoluções”. Foi uma fase decisiva para a definição dos direitos de liberdade e para a identificação da liberdade como instrumento de construção do direito. A Revolução Francesa (1789) e a Independência Americana (1776), em especial, marcaram a ascensão da burguesia e a transformação em realidade da ideologia projetada no Iluminismo. A grosso modo, assistiu-se a passagem da forma de Estado Absolutista para a do Estado Burguês, e, ao mesmo tempo, a redefinição do “pacto colonial”, com a transformação de antigas colônias em Estado independentes.

Todavia, a literatura sobre as transformações das formas de Estado e a consolidação do direito constitucional tende a olvidar elementos importantes dessas mudanças. Justamente aqueles elementos que extrapolam a idéias de “uma história européia” ou de uma “história mundial a partir da Europa” que coincidem com a de uma história em que os povos europeus fazem a história.

No quadro da “Era das Revoluções”, a insurgência negra e indígena foi uma constante, porém ela foi retratada pelas gerações posteriores como um entrave às formas modernas de capitalismo ou como um ato trágico em que os seus atores deveriam perecer, dominados pelas forças superiores, da economia ou da civilização. Eis o ponto a ser superado se e quando nos propomos a conceber a história numa perspectiva pluralista, como a (s) história (s) da (s) liberdade (s).

Trata-se de debater os vínculos entre o surgimento do Estado Moderno e o processo colonialista, aproximando (e distanciando) a luta contra a opressão do Estado Absolutista da luta anti-colonial. No mesmo passo, de considerar como o modelo de Estado Liberal estrutura a temática do medo (do outro, da diferença, da mudança). A seguir, abordar a Revolução Francesa e a reação que lhe seguiu como uma inflexão concreta da temática dos limites à liberdade e do medo, e de seu uso pelas massas populares.

Num segundo momento, trata-se de revisitar o papel da Revolução de São Domingos nos modos como as percepções sobre a liberdade e o medo relacionados aos indígenas e negros foram comunicados e interpretados e a partir de quais referências.

Volta-se a Hegel, a partir da leitura de Susan Buck-Morss⁶²⁷, cuja obra foi influenciada tanto pela Revolução Francesa quanto pela Revolução do Haiti, e especificamente a metáfora da relação entre o senhor e o escravo, para perguntar como a construção do discurso sobre a liberdade e da reação à liberdade dos povos não europeus foi deslocado de uma história da liberdade universal e conduzido a uma história que retira as revoltas negras do curso da história e as enclausura na desrazão. Trata-se de tentar compreender como “a revolução haitiana localiza-se na encruzilhada de múltiplos discursos como um momento decisivo na história mundial”⁶²⁸ e de sugerir como ela se vincula a experiência constitucional.

4.1 A ERA DAS REVOLUÇÕES E O LEVIATÃ MARINHO: AS TRANSFORMAÇÕES DAS FORMAS DE ESTADO NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES COLONIAIS E O MEDO

O Estado Moderno foi forjado em suas determinações históricas mais significativas, por diversas formas de expansão colonial, e, de igual modo, a “crise do sistema colonial coincidiu com a crise das formas absolutistas de governo”.⁶²⁹ Essa passagem não foi meramente formal e simultânea em todas as regiões. A

⁶²⁷ BUCK-MORSS. *Hegel, o Haiti e a História Universal*. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009.

⁶²⁸ BUCK-MORSS. *Hegel, o Haiti e a História Universal*. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, p. 04.

⁶²⁹ COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. São Paulo: UNESP, 1999, p. 22.

emergência do Estado Burguês e a redefinição do pacto colonial não seguiu um mesmo ritmo, apresentando-se como um processo em decorrência dos “múltiplos interesses ligados à sua existência e a diferença de ritmo das transformações econômicas e sociais” que ocorriam nas várias regiões da Europa, da América, da África e das demais regiões envolvidas no sistema colonial.⁶³⁰

Não apenas, os diferentes países inseriram-se em ritmos distintos nos processos de transformação, mas também, num mesmo país, as regiões foram integradas em tempos distintos. Os processos de transformação global das formas de domínio não apenas homogeneizaram, mas também produziram novas diferenciações nas formas de vida, nos padrões de organização social, nas ocupações econômicas, e, sobretudo, na determinação de interesses de grupos e nas lutas sociais. Ainda mais fragmentado foi o processo pelo qual essas alterações foram integradas a consciência individual e coletiva dos atores envolvidos, e, conseqüentemente o modo como elas conduziram a escolha e criação de alternativas locais às determinações gerais dos processos de transformação da organização política e econômica.⁶³¹

O observador contemporâneo, na medida em que a história deixa de ser uma mera repetição de grandes modelos evolucionistas, e a historiografia garante o acesso a uma miríade de informações documentais, pode compreender que a comunicação, em suas mais variadas formas, foi um elemento decisivo nas mudanças ocorridas desde o século XV. O acesso a informação por determinado grupo social sobre determinado fato, ou a imagem forjada sobre determinado fato, a partir das experiências locais, foram decisivas na reconstrução do agir político e econômico.⁶³²

No surgimento do Estado Moderno, a relação entre colonizador e colonizados - metrópole e colônia, centro e periferia - não era meramente residual, mas constitutiva da identidade européia como sistema político e social. A construção da

⁶³⁰ COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos. São Paulo: UNESP, 1999, p. 22.

⁶³¹ IANNI, Octávio. A ideia de Brasil moderno. São Paulo: Brasiliense, 1994.

⁶³² Conforme demonstra Fernand Braudel, a presença de comerciantes não era novidade, assim como não era novidade a presença de mercados, a novidade estava numa classe (burguesa) capaz de integrar mercados locais, aproveitando-se de suas diferenças de ritmo e valendo-se desse conhecimento para extrair mais lucro. BRAUDEL, Fernand. A Dinâmica do Capitalismo. Lisboa: Teorema, 1986.

forma absolutista e mercantilista estava vinculada ao domínio de vastos territórios coloniais. Conforme Emília Viotti da Costa:

“A descoberta e a exploração das colônias européias na América relacionam-se, de um lado, com a formação do Estado Moderno, centralizado e absoluto, e, de outro, com o desenvolvimento de uma poderosa classe de mercadores e armadores que se associaram à Coroa nos empreendimentos marítimos e colonizadores. A empresa colonial refletiu essa aliança. A Coroa estava interessada na expansão dos seus domínios e no usufruto das rendas coloniais. Não contava, no entanto, com os recursos materiais e humanos para lançar-se a essa obra sozinha. Por isso, recorreu aos mercadores e aos banqueiros que, dessa forma, se associaram à colonização. Estes, por sua vez, necessitavam do apoio da Coroa para assegurar o controle dos mercados, condição essencial de acumulação do capital. A expressão teórica e prática dessa aliança entre a burguesia comercial e o Estado foi a política mercantilista.

O caráter restrito do mercado – tanto internacional quanto colonial – nos primeiros séculos depois da descoberta e os riscos do comércio transatlântico tornavam imperativa a criação de um regime de monopólios e privilégios que limitasse a concorrência e assegurasse os lucros tanto dos mercadores quanto da Coroa. Em consequência, os domínios de além-mar foram impedidos de comerciar livremente, obrigando-se a exportar seus produtos através da metrópole, de onde importavam as manufaturas cuja fabricação era proibida nas colônias. O sistema colonial assim montado atendia originalmente a interesses metropolitanos, mas encontrava apoio nas colônias entre os grupos ligados à economia de exportação e importação.”⁶³³

Uma metáfora pode contribuir para elucidar esse aspecto. As duas imagens propostas por Thomas Hobbes para representar o Estado em *Leviatã* (1651) sugerem esse duplo movimento de uma mesma realidade, metrópole-colônia. Na primeira edição do livro, o monstro é apresentado como um “gigante coroadado”. De acordo com o sistema filosófico hobbesiano de que as idéias abstratas são apenas signos convencionais, existindo apenas objetos singulares e corpóreos: “O corpo da figura está formado por milhares de homenzinhos. Com a mão direita, o gigante segura uma espada (simbolizando o poder temporal) sobre um campo e uma cidade;

⁶³³ COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos. São Paulo: UNESP, 1999, p. 20.

na esquerda, ostenta uma cruz episcopal (símbolo do poder espiritual).⁶³⁴ Ao mesmo tempo, Hobbes escolheu para intitular a obra, *Leviatã*, uma criatura mítica, referida em cinco momentos no texto bíblico, e descrito como uma terrível animal que habitava as profundezas do mar.⁶³⁵ Em outras palavras, reuniu, numa mesma imagem, o processo de individualização e concentração do poder interno à Europa em cada novo Estado e, a partir da escolha do nome dado, a projeção de uma figura mítica marinha que dominava o imaginário moderno da Era dos Descobrimentos. O poder do rei, desse modo, não apenas era comparado, mas assemelhado ao de um auto-domínio projetado no domínio externo. A síntese do processo de criação do Estado Moderno.

Neste ponto, uma primeira divisão deve ser considerada. A transição do feudalismo ao capitalismo e as mudanças culturais provocadas pela Ilustração não se processaram de forma simultânea e esquemática em todos os países europeus. Espanha e Portugal iniciaram a revolução mercantil ao se constituírem, na expressão de Darcy Ribeiro em “impérios mercantis salvacionistas” que deram início ao colonialismo moderno após o processo de Reconquista das terras “européias” tomadas aos árabes. O amadurecimento do processo de restauração da Europa feudalizada resultou no aparecimento do capitalismo mercantil. Tais processos tiveram um desenvolvimento peculiar, em relação aos anteriores, seu caráter mundial, expresso tanto na sua projeção geográfica quanto na sua capacidade de estancar o desenvolvimento paralelo de outros processos civilizatórios.⁶³⁶ A nova formação capitalista mercantil, surgida nos séculos XV e XVI, nasce bipartida em dois complexos complementares.

“Primeiro o complexo metropolitano das nações as estrutura como centros de poder e de comércio ultramarino. Internamente assentavam-se em dois pilares: uma economia rural de granjeiros, produtores para o mercado (principalmente França e Estados Unidos da América) e de grandes explorações agrícolas e pastoris, de tipo

⁶³⁴ Perfil Biográfico – Thomas Hobbes. In: HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 511.

⁶³⁵ (Jô 3,8) “Amaldiçoem-na aqueles que amaldiçoaram os dias, aqueles que são hábeis para evocar Leviatã!”; (Jô 40,20) “Poderás tu fisgar Leviatã com um anzol, e amarrar-lhe a língua com uma corda?”; (Salmos 73,14) “Quebrastes as cabeças do Leviatã, e as destes como pasto aos monstros do mar.”; (Salmos 103,26) “Nele navegam as naus e o Leviatã que criastes para brincar nas ondas.”; (Isaías 27,1) Naquele dia o Senhor ferirá, com sua espada pesada, grande e forte, Leviatã, o dragão fugaz, Leviatã, o dragão tortuoso; e matará o monstro que está no mar.” *Bíblia Sagrada*. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

⁶³⁶ RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 129, 147.

capitalista, que começaram a atuar a base do trabalho assalariado (principalmente Alemanha e Inglaterra); e uma economia urbana de manufaturas mercantis, de comerciantes importadores e exportadores e de agências financeiras, que tanto operam no mercado europeu como no mundial. Segundo, o complexo colonial, implantado através de movimentos de atualização histórica, que gera as colônias mercantis das feitorias asiáticas de comércio e africanas de suprimento de mão-de-obra escrava e as colônias escravistas das áreas de exploração de minas e das plantações comerciais, operadas tanto direta como indiretamente, através de outros agentes coloniais, como os portugueses e os espanhóis; e, finalmente, as colônias de povoamento das Américas, da Austrália e da Nova Zelândia.”^{637 638}

Da dupla interferência entre esses dois complexos é que surge e se desenvolve o Estado moderno no complexo metropolitano no mesmo passo que é transplantado para o complexo colonial. Como afirma, Novais:

“o Estado centralizado, capaz de mobilizar recursos em escala nacional, tornou-se um pré-requisito à expansão ultramarina; por outro lado, desencadeados os mecanismos de exploração comercial e colonial do ultramar, fortalece-se reversivamente o Estado colonizador. (...) a expansão marítima, comercial e colonial, postulando um certo grau de centralização do poder para tornar-se realizável, constitui-se, por seu turno, em fator essencial do poder do Estado metropolitano.”⁶³⁹ Assim, na medida em que os antigos reinos europeus se organizaram em Estados do tipo moderno, unificados e centralizados, vão, um após o outro abrindo caminho no ultramar e participando da exploração comercial.⁶⁴⁰

A unidade do mando burocrático encontrava, de igual modo, paralelo no escravismo, pois somente na escravidão moderna os submetidos serão dispostos como matéria (objeto, coisa fora da cultura, mercadoria) sobre o qual o poder de mando se exerce, e, ao mesmo tempo, submetidos a tentativas de desenvolvimento

⁶³⁷ RIBEIRO, Darcy. O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 129.

⁶³⁸ Na expressão sintética do pensamento de Darcy Ribeiro (RIBEIRO, Darcy. O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização. Petrópolis: Vozes, 1987.) dada por Eugenio Raúl Zaffaroni, tratava-se de um processo de planetarização civilizatória por modernização incorporativa (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.41)

⁶³⁹ NOVAIS, Fernando A. O Brasil nos quadros do antigo sistema colonial. In: BOTA, Carlos G. (org). Brasil em Perspectiva. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971. p. 49.

⁶⁴⁰ NOVAIS, Fernando A. O Brasil nos quadros do antigo sistema colonial. In: BOTA, Carlos G. (org). Brasil em Perspectiva. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971. p. 49.

de técnicas de gerenciamento, deslocamento e sedentarização de grandes contingentes populacionais.^{641 642 643}

Porém, se a escravidão moderna foi sempre a mesma em todos os lugares e não por isso deixou de ter aspectos particulares. Como afirma Eugênio Genovese:

“A instituição da escravidão, introduzida por europeus, variava em suas particularidades de lugar para lugar, em todas as colônias. O estágio de desenvolvimento histórico alcançado pelo país de origem, no momento inicial da colonização e da instituição do governo colonial, exerceu um impacto decisivo sobre a forma das instituições coloniais, incluindo as formas regionais de escravidão”⁶⁴⁴

A unidade da escravidão moderna encontra-se na estrutura do mercado mundial. Ela produz a condição de “vida nua” do escravo, vale dizer, da conversão de homens em mercadoria, despossuídos de seu próprio corpo, submetidos a um estado de exceção permanente ou potencial. 645A transformação do homem em mercadoria pressupõe, no mesmo passo, sua redução ao biológico, vale dizer, o apagar das tradições inscritas na vida coletiva dos povos a ela submetidos, ou, no mínimo, o de considerar tais tradições num cálculo externo às dinâmicas de interação cultural, submetendo-as à apropriação política.⁶⁴⁶

Quanto ao segundo elemento, a metamorfose desse monstro, de Estado Absolutista à Estado Liberal tem como determinantes recíprocos a instauração de uma nova política para as regiões colonizadas. Como afirma Emília Viotti da Costa:

“O sistema colonial montado segundo a lógica do capitalismo comercial e em razão dos interesses do Estado absolutista entrou em crise quando a expansão dos

⁶⁴¹ Sobre a particularidade da escravidão moderna, veja-se: MEILLASSOUX, Claude. Antropologia da Escravidão: o ventre de ferro e dinheiro. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1995. VAINFAS, Ronaldo. Ideologia e escravidão: os letrados e a sociedade escravista no Brasil Colonial. Petrópolis: Vozes, 1986. IANNI, Octávio. Escravidão e racismo. São Paulo: HUCITEC, 1988.

⁶⁴² ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 215-252.

⁶⁴³ “Ao imaginarmos a modernidade como um sinônimo da Europa, deixamos de perceber o quanto o capitalismo moderno foi um produto do sistema colonial, que se encontrava de muitos modos à frente dos desenvolvimentos europeus.” BUCK-MORSS. Hegel, o Haiti e a História Universal. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, p. 39.

⁶⁴⁴ GENOVESE, Eugene. Da Rebelião à Revolução. As revoltas de escravos negros nas Américas. São Paulo: Global, 1983, p. 14.

⁶⁴⁵ Sobre o conceito de vida nua e de estado de exceção, veja-se: AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2004. AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

⁶⁴⁶ ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 215-252.

mercados, o desenvolvimento crescente do capital industrial e a crise do Estado absolutista tornaram inoperantes os mecanismos restritivos de comércio e de produção. Os monopólios e privilégios que haviam caracterizado o sistema colonial tradicional apareceriam então como obstáculos aos grupos interessados na produção em grande escala e na generalização e intensificação das relações comerciais. O extraordinário aumento da produção proporcionado pela mecanização era pouco compatível com a persistência de mercados fechados e de áreas enclausuradas pelos monopólios e privilégios. O sistema colonial tradicional passou a ser criticado. A teoria econômica foi reformulada e os postulados mercantilistas substituídos pelas teses do livre-cambismo, mais adequadas ao novo estágio de desenvolvimento econômico e aos interesses dos novos grupos associados ao processo de industrialização. A transição é evidente nas regiões em que a revolução industrial se processou precocemente.”⁶⁴⁷

Essa transição é capitaneada pela Inglaterra que passa a determinar uma nova dimensão temporal, do ritmo da produção industrial aos antigos impérios mercantis. Entretanto, a França sob o regime napoleônico e imperialista serviu a difusão em larga escala das formas políticas burguesas no interior da própria Europa, e, nas novas regiões subordinadas. A cultura burguesa foi construída, absorvida e reciclada pela experiência colonial inglesa e francesa e, em especial, como se verá adiante, pelas lutas internas travadas nas regiões coloniais.

Numa visão esquemática, o desenvolvimento das relações entre colonizador e colonizado forjou, por partos sucessivos, os Estados Modernos, nas diversas regiões européias. Posteriormente, as estruturas de poderiam, mediante metamorfose, construir as nacionalidades e, mais tarde, a semelhança entre as estratégias de domínio, interna e externa, burocrática, colonial e neocolonial, permitiriam a criação de uma identidade européia.

Quanto ao terceiro elemento, a informação, importa destacar a profunda revolução representada pela escrita, e com ela dos registros de informações, em grandes e ínfimos inquéritos, como diria Michel Foucault, que permitem redimensionar não apenas as atividades econômicas, mas construir uma nova

⁶⁴⁷ COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos. São Paulo: UNESP, 1999, p. 20-21.

consciência de indivíduos e comunidades.⁶⁴⁸ O fluxo de informações, captaneado pela difusão da escrita, servirá para desagregar paulatinamente o poder instaurado nas localidades e, por interferência, demonstrar que as tradições, quando comparadas, podem ser reduzidas a sua parcialidade. Em outras palavras, o fluxo de informações está vinculado, como se observará adiante, ao desencantamento dos modernos e sua tentativa de expurgar as tradições.⁶⁴⁹ Inicialmente, Mercantilismo e Estado Absolutista parecem coincidir ainda com uma política do segredo, em que a informação era utilizada como meio para garantir o lucro, dada as trocas entre mercados ainda locais. Porém, a Modernidade instaura uma consciência cada vez mais profunda de que informação é poder. O hábito dos registros das aventuras marítimas, as descrições humanas, geográficas etc. e seus usos econômicos consolidam a escrita como forma essencial do capitalismo. Como descreveu Fernand Braudel foi o conhecimento sobre a existência de mercados locais e regionais, não integrados, que permitiram a obtenção de lucro por parte dos primeiros capitalistas.⁶⁵⁰ De fato, a definição de burguês não se dá apenas por ser o habitante do burgo, mas, sobretudo, por viver para além do burgo, dos mercados locais e, desse modo saber aproveitar as chances de lucro nas diferenciações das sociedades, antes com pouco contato ou nenhum sistema de troca de mercadorias e informações.

O fluxo de informações foi decisivo no desenvolvimento material da Europa e na reconstrução da idéia de diversidade. A primeira revolução tecnológica da modernidade foi provocada, sobretudo, por junções de conhecimentos tecnológicos desenvolvidos ao longo de séculos por civilizações regionais. Durante os séculos XV, XVI e XVIII a Europa não importava apenas matéria prima e materiais preciosos das demais regiões, mas tecnologias sobre a agricultura, alimentação, navegação, vestuário, medicamentos etc. que permitiram, entre outras coisas, a invenção das

⁶⁴⁸ Sobre o inquérito e a formação das primeiras ciências humanas veja-se: FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral M. Machado. Rio de Janeiro: NAU, 1999. BAUMAN, Zigmunt. *Comunidade*, a busca da segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

⁶⁴⁹ Há diversos exemplos do fluxo de imagens na formação do mito do bom e do mau selvagem em: FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *O Índio Brasileiro e a Revolução Francesa*. As Origens Brasileiras da Teoria da Bondade Natural. Brasília: INL, 1976.

⁶⁵⁰ BRAUDEL, Fernand. *A Dinâmica do Capitalismo*. Lisboa: Teorema, 1986.

tradições que forjaram as identidades européias.⁶⁵¹ O fluxo de informações segue o fluxo crescente de mercadorias e pessoas. Novas formas de transporte e deslocamentos em massa coincidem com a construção de uma esfera pública burguesa⁶⁵² (o que implicava em novos hábitos burgueses como a conversa anônima sobre negócios, a valorização da escrita e o hábito da leitura, a troca de correspondência e a freqüência em novas atividades sociais menos marcadas por hierarquias “naturais”), e marca, por sua vez, a existência de novos espaços mundiais, canais de trocas e de apropriação cultural, cada vez mais acelerados e abertos.

Porém, não havia um modelo estático e unidimensional de interação. A informação permitia a corrupção das hierarquias no mesmo passo que as instaurava. Não havia apenas a apropriação e domínio, sem relações complexas da Europa com o “resto do mundo”, pois o “Atlântico Negro” era uma fronteira inédita na história recente da humanidade⁶⁵³ em que as informações não respeitavam uma política de mão-única, centro-periferia. Ao contrário, as notícias sobre outras culturas e, com elas a consciência das lutas sociais, aportavam os portos coloniais de outros portos coloniais. Havia uma interação crescente entre os capitalistas mundiais que era paralela a dos grupos excluídos de diversas regiões e das elites locais das novas regiões mundiais. Em outras palavras, a Modernidade não inaugura apenas a possibilidade de uma classe social pensar-se a si mesma como o motor da história, mas a possibilidade da consciência de diversos povos e indivíduos expatriados pensarem a si mesmos como integrantes de uma história, menos otimista, mas potencialmente solidária na apreensão de um destino comum a que estavam sendo submetidos.

A história torna-se mundial, não apenas na medida em que determinada classe ou grupo se auto-compreende como reconstruindo uma herança greco-romana, supostamente universal, mas, sobretudo, quando essa auto-compreensão é posta à prova num cenário de múltiplas fontes de comunicação. Se para a classe burguesa européia, a auto-compreensão desenvolveu-se a partir da tentativa de

⁶⁵¹ Termo formulado por HOBBSAWM, Eric; RANGER, Terence. A Invenção das Tradições. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. Nesse sentido, a identidade européia, é antes de mais nada, um vazio.

⁶⁵² HABERMAS, Jürgen. Mudança Estrutural da Esfera Pública. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984;

⁶⁵³ GILROY, Paul. O Atlântico Negro. Modernidade e Dupla Consciência. São Paulo: 34, 2001. HALL, Stuart. Da Diáspora. Identidades e Mediações Culturais. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

reduzir a história à gênese da escrita, para os povos do mundo, a escrita foi apenas um dos elementos entre tantas outras formas de comunicação. Se a esfera pública burguesa foi universalizante, ela também excluía, por outro lado, as diversas formas de cultura oral, e, as instituições que garantiriam a sua permanência. A disputa com a tradição adquire, neste contexto, um novo sentido, pois ela representou não apenas a luta contra o passado de hierarquias na Europa, mas a luta contra as formas de interação não filtradas pelos padrões da cultura burguesa, com suas instituições como o sistema de ensino, os jornais, as instituições de pesquisa etc. Os colonizados, escravo negro e indígena, viveram nas Américas num movimento contraditório de exclusão imposta, de apropriação e integração a uma esfera pública burguesa, e ao mesmo tempo, muitas vezes de afastamento como recurso de resistência. Ao mesmo tempo, as elites locais viveram contradições semelhante, pois nas relações de poder – que não eram mais locais como numa sociedade não moderna – tinham dupla tarefa de constituir relações de domínio nas experiências cotidianas com seus submetidos e projetarem-se como classe inserida na esfera de relações internacionais.⁶⁵⁴

Em outras palavras, na periferia do capitalismo, a sobrevivência dos excluídos dependia, necessariamente, de um esforço crescente, e por vezes exuberante, de recomposição, em que o ritmo das transformações e dos novos modos de opressão era vistos pelos olhos da tradição. A diferença pode ser percebida do seguinte modo. Se a crítica da tradição abria espaço para um agir crítico em que se demoliam as estruturas tradicionais de dominação, na periferia do capitalismo, a crítica das tradições, ou melhor dito, das reinvenções de culturas e identidades despedaçadas pelo colonialismo, conduzia a manutenção das estruturas opressivas do colonialismo. Ao mesmo tempo, as poucas elites intelectuais entre grupos excluídos viveram num duplo movimento de atualização à europeia e mobilização dessas novas tradições.

Não por acaso, a imagem da diversidade feita no presente pode ser mais facilmente projetada para um período histórico em que o Estado-Nacional na periferia não estava organizado e, portanto, organizando as formas de interação cotidiana pelo incremento da burocracia, e ao mesmo tempo, em que materialmente,

⁶⁵⁴ HALL, Stuart. Da Diáspora. Identidades e Mediações Culturais. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

pelo predomínio do escravismo, as fronteiras estavam dispostas a incorporação de relações políticas distintas da relação centro periferia.

O modo como se recompõem espaços de lutas e resistências nesse espaço de interrelação entre periferias e metrópoles era distinto. As elites coloniais possuíam instituições que correspondiam em muito ao padrão de desenvolvimento de suas forças produtivas. A inexistência de um sistema massificado de ensino, ou no mínimo com projeção semelhante ao europeu, e o fato de que a resistência dos excluídos dava-se a partir das formas tradicionais de conhecimento, como a religião, impunham um redimensionamento da forma como essas elites pensavam as suas heranças culturais. As elites coloniais, ainda que tivessem acesso ao pensamento desencantado, viveram mais intensamente lutas nos espaços culturais do sagrado. O intelectuais das elites locais manifestaram uma fidelidade à religiosidade que pareceria anacrônica ou peculiar diante de algumas formas de universalismo burguês se não fossem pensadas a partir das relações de poder, e, sobretudo, de resistência dos excluídos, no espaço colonial. A religiosidade era uma arma que nenhuma elite local pretendeu abdicar em nome da crítica das tradições e de novas formas laicas de pensamento.⁶⁵⁵

Enfim, esses três elementos (o caráter global nas condições para organização das formas de domínio político, a dinâmica diacrônica do processo de expansão do capitalismo e dos processos de comunicação) permitem compreender como as formas de Estado em países periféricos, semelhantes ao Brasil, são construções complexas que, inclusive, foram forjadas como respostas a problemas vivenciados aqui e em outras regiões, ou seja, como antecipações estratégicas de alguns

⁶⁵⁵ Sobre a religiosidade e as formas de dominação cultural veja-se: AGÜR, Michel. Cantos e toques: etnografias do espaço negro na Bahia. Caderno CRH, Salvador, 1991. Suplemento: Introdução. p. 5-13; AUGRAS, Monique. A ordem na desordem: a regulamentação do desfile das escolas de samba e a exigência de "motivos nacionais". Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 8, n. 21, p. 90-103, fev. 1993; CARNEIRO, Edson de Souza. Os Cultos de origem africana no Brasil. In: CARNEIRO, Edson de Souza. Candomblés da Bahia. 3. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961; CARNEIRO, Sueli, CURY, Cristiane Abdon. O candomblé. In: TERCEIRO CONGRESSO DE CULTURA NEGRA DAS AMÉRICAS, 1982, São Paulo. 1982. p. 176-191; FRIGERIO, Alejandro. Capoeira: da arte negra a esporte branco. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 4, n. 10, p. 85-98, jun. 1989; LEITE, Fábio. R.R. Valores civilizatórios em sociedades negro-africanas. In: LEITE, Fábio. R.R. Introdução estudos sobre a África contemporânea. São Paulo: Centro de Estudos Africanos da USP, 1984. p. 3-56; LEITE, Fábio. R.R. A questão da palavra em sociedades negro-africanas.. In: SEMINÁRIO NACIONAL DEMOCRACIA E DIVERSIDADE HUMANA - DESAFIO CONTEMPORÂNEO Sociedade de Estudos da Cultura Negra no Brasil (SECNEB), [s.l.], mar. 1992, 12 p. Mimeo; MATTOS, Wilson Roberoto de. Práticas culturais / religiosas negras em São Paulo. Dissertação Mestrado História. PUC/SP, 1994; RODRIGUES, Ana Maria. Samba negro, espoliação branca. São Paulo: HUCITEC, 1984;

agentes econômicos e políticos ao comportamento dos demais. De forma específica, como os debates em torno da liberdade, da revolução, da escravidão, da desigualdade natural dos povos originários foram problemas mundiais também num sentido transversal em que as trocas de informação e as tensões não eram estabelecidas apenas entre capitalistas mundiais, mas também entre elite locais, entre povos submetidos, e, “todos contra todos”.

O tempo vivido pelos intelectuais que construíram nossas tradições constitucionais, caso se considere esses três elementos, não pode ser retratado como a consciência de um tempo meramente local das transformações, mas do surgimento da consciência crescente de uma história mundial. Todavia, essa história do mundo, transformada em consciência, pouca relação mantém com o que se denomina de razão. A distância do vivido e o fluxo das informações parecem conduzir a formação de imagens espectrais (literalmente, fantasmas) cuja dimensão real é adquirida não apenas da projeção em determinados fatos próximos, mas, sobretudo, na mobilização de sentimentos irracionais que elas são capazes de forjar.

Um dos aspectos decisivos do discurso sobre a Modernidade foi a construção da previsibilidade, a busca da certeza e da segurança. Entretanto, a preocupação com o controle do risco somente pode adquirir importância numa sociedade em que a aceleração das mudanças conduz a produção do risco. Logo, a Modernidade não emerge como a “sociedade da certeza”, mas da tentativa de controle de riscos, cada vez maiores. A consciência da necessidade da previsibilidade é, acima de tudo, a inversão ideológica e, ao mesmo tempo funcional nas novas formas de agir humano em um mundo de imprevisibilidade.⁶⁵⁶

Na arena política, ao contrário da imagem projetada, a imprevisibilidade parece ser maior do que na arena econômica, pois se a racionalidade dos agentes econômicos no capitalismo pode ser delineada, a racionalidade dos agentes políticos, ao contrário, obedece a reinterpretações da definição de suas necessidades. Embora uma imagem associada ao marxismo, conduza a idéia de que a politização dos conflitos parta sempre do mesmo conflito fundamental, a apropriação privada dos bens de produção, a história dos últimos séculos tem demonstrado que a interpretação dos conflitos pelos grupos sociais não obedece

⁶⁵⁶ GIDDENS, Anthony. As Consequências da Modernidade. São Paulo: UNESP, 1991.

sempre a esse suposto “agir racional”. A própria classe social, retratada como algo objetivo, constitui-se num processo de auto-consciência e diferenciação.⁶⁵⁷

De igual modo, é duvidosa a separação moderna entre conflitos racionais, descritos a partir da racionalidade instrumental (de meios e fins) e que faz coincidir a visão antropológica com a descrição do agente capitalista (individualista, egoísta, em busca do lucro). A tentativa de definir o racional como disposição do tempo vivido para alcançar objetivos (que possam ser alcançados)⁶⁵⁸ representa também uma forma de produzir uma previsibilidade na arena do risco político. Ao se expurgar como irracional intenta-se fazer coincidir o agir humano com a idéia que dele se faz. Ao mesmo tempo, se oculta o fato de que mesmo os agentes capitalistas não atuam com esse padrão previsível de comportamento, e, sobretudo, impede-se a compreensão de que inúmeros conflitos sociais e formas de domínio político são conduzidos em processos históricos que agregam elementos muito distantes da imagem da racionalidade de meios e fins.

De outra parte, o capitalismo em suas alterações na estrutura produtiva conduz ao surgimento da consciência de novas necessidades, mas não conduz a construção de agentes políticos que interpretam essas transformações em termos exclusivamente econômicos. A sugestão é que a esfera do imaginário (das representações, das tradições culturais etc) reorganiza, inclusive em sentido contrário a interesses econômicos mais visíveis, as variáveis para ação, e produz tentativas de controle do risco político. A forma moderna de domínio político, Estado, não é um produto apenas do agir econômico, mas também do imaginário vivido, dos fantasmas que o povoam a tentativa de controlar riscos “racionais” e “irracionais”. O mesmo se diga para os momentos decisivos de transformação da estrutura econômica, em especial, para a passagem do escravismo à ocupação da mão-de-obra livre.

O epíteto hobbesiano, *Leviatã*, espelha em muito esses componentes “irracionais” do exercício do poder político moderno. A escolha da metáfora do monstro, construído em seu duplo movimento (interno e externo) de diferenciação, ao garantir o domínio político sobre as populações européias e vastas civilizações,

⁶⁵⁷ CHALHOUB, Sidney. Visões da Liberdade. Uma História das Últimas Décadas da Escravidão na Corte. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

⁶⁵⁸ Sobre o pensamento de Max Weber: ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. O Ícaro da Modernidade. Direito e Política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

pode ser articulada ao tema da consciência dos agentes concretos que construíram as alternativas regionais. Ela indica que, durante gerações, os modernos conviveram com espectros, fantasmas, mortos-vivos, atravessando a história que saíram da tradição judaico-cristã, deslocaram-se na idade média e emergiram nas “trevas” da Modernidade.

Um dos elementos centrais do que se considera como irracional é o medo. A propósito, como argumenta Marilena Chauí, no ensaio “Direitos Humanos e Medo”, o advento da sociedade burguesa transforma “a maneira de definir e de localizar o medo, que deixa de ser o vício característico da plebe para tornar-se um sentimento comum a todos os homens.”⁶⁵⁹ Tal transformação é uma consequência do desaparecimento, tanto da imagem quanto da realidade, da comunidade, e sua substituição pela sociedade – ou, como se argumenta ao longo do texto, da substituição de uma sociedade de hierarquias naturais por uma sociedade que “sabe” que as hierarquias são produzidas, e, portanto, há necessidade de, paradoxalmente, investir, na sua construção ao tempo que as nega.⁶⁶⁰

A primeira, a comunidade, “é uma realidade organizada, divinizada, naturalizada e praticamente imóvel ou imutável, dirigida por forças que lhe são transcendentais.”⁶⁶¹ Os homens, por possuírem referências para pensar sua realidade como algo necessário, não precisavam temer as mudanças. “Além do medo do tirano e do diabo, os poderes perversos, os homens também tinham medo de Deus, a força que criou e que conserva a comunidade e os próprios homens.”⁶⁶²

Por sua vez:

“A marca própria da sociedade é que sua referência não é mais a ordem divina ou a ordem natural, mas a imagem da indivisão, nem a hierarquia de cargos, lugares e funções, nem a pressuposição de um bem comum, nem a coletividade vista como uma grande família cujo pai é o governante, representante do poder do Pai divino. A sua referência é o indivíduo como átomo isolado, tornando-se necessário saber como os indivíduos isolados vieram a viver em comum, isto é, de

⁶⁵⁹ CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p.15.

⁶⁶⁰ CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p.16.

⁶⁶¹ CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p.17.

⁶⁶² CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p.17.

como surge a sociabilidade (donde o desenvolvimento das teorias modernas do contrato social e do pacto social).⁶⁶³

“Porque o social, o político e a história são percebidos como obras dos próprios homens”, verifica-se também que as relações sociais não foram ordenadas por forças transcendentais, “mas nasceram da ação social de grupos divididos e sobretudo de indivíduos isolados”.⁶⁶⁴ Daí que:

“O surgimento da modernidade significa o advento do social como social, do político como político e do histórico como histórico. Confirmando o homem como sujeito social, político e histórico, desloca o medo fundamental para o interior da própria sociedade, e faz com que nasça, simultaneamente, o pensamento moderno sobre os direitos do homem. Consequentemente, as teorias modernas do direito pensam o direito como garantia jurídica, social e política contra o medo que os sujeitos sociais têm dos outros sujeitos sociais.”⁶⁶⁵

Por sua vez, a prática moderna das grandes declarações de direitos, localizadas historicamente nos momentos de grandes revoluções sociais, somente encontram sentido quando tais direitos não mais existem como fato naturalizado. Isso porque “a prática de declarar direitos significa, em primeiro lugar, que não é um fato óbvio para todos os homens que eles são portadores de direitos e, por outro lado, significa que não é um fato óbvio que tais direitos devam ser reconhecidos por todos.” Ela “inscreve os direitos no social e no político, afirma sua origem social e política e se apresenta como objeto que pede o reconhecimento de todos, exigindo o consentimento social e político.”⁶⁶⁶

As declarações de direitos surgem historicamente “quando os sujeitos sociais têm consciência de que estão criando uma sociedade nova ou defendendo a sociedade existente contra a ameaça de sua extinção”, indicando “relações

⁶⁶³ CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p.16-17.

⁶⁶⁴ CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p.18.

⁶⁶⁵ CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p.18.

⁶⁶⁶ Como afirma Marilena CHAUÍ: “De fato, na modernidade, encontramos declarações de direitos em situações revolucionárias: as revoluções inglesas de 1640 e 1688; a independência norte-americana; a Revolução Francesa de 1789; a Revolução Russa de 1917. Também encontramos a declaração de direitos no período posterior à Segunda Guerra Mundial, isto é, no fenômeno do totalitarismo nazista e fascista, que conduzem à Declaração dos Direitos Humanos de 1948”. CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 20.

profundas entre os direitos humanos e a forma do poder, a definição da violência e do crime e do medo”.⁶⁶⁷

Na modernidade, o sentido do medo, se torna muito mais difuso: “assume um conteúdo não só psicológico, mas ainda sócio-político e se manifesta como medo da violência dos indivíduos contra os indivíduos, medo do poder e medo do tempo.” Esse é o contexto do surgimento da “teoria do direito natural” em que “o estado de natureza” é identificado como com “o estado do medo generalizado e a idéia de que a criação do direito civil e do Estado é um feito racional, ditado pelos interesses dos homens face ao medo da violência”.⁶⁶⁸

De outra parte, para além dessa narrativa generalizante da modernidade, Marilena Chauí afirma que no Brasil se pode falar, ainda, numa divisão social do medo, diferenciado em relação às classes sociais, decorrente da natureza autoritária dessa sociedade. Ao mesmo tempo, tal divisão identifica as “classes populares” como “classes perigosas”, fenômeno que foi típico de uma fase inicial da industrialização capitalista.⁶⁶⁹

A divisão social do medo se estabelece do seguinte modo:

“A classe dirigente teme perder o poder e seus privilégios; a classe dominante teme perder riquezas, bens, propriedades; a classe média teme a pobreza, a proletarianização, a desordem; a classe trabalhadora teme a morte cotidiana, a violência patronal e policial, a queda vertiginosa na marginalidade, na miséria absoluta, a arbitrariedade dos poderes constituídos.”⁶⁷⁰

Tal diferença do medo revela que o medo dos que estão no topo da hierarquia são “de perda de privilégios, medos que dizem respeito aos seus interesses”. No pólo oposto, são “de queda na desumanização, medos de perder a condição humana e por isso medos que dizem respeito aos seus direitos”, embora falem em nome da justiça.⁶⁷¹

⁶⁶⁷ CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p.20.

⁶⁶⁸ CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 20-21.

⁶⁶⁹ CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 27.

⁶⁷⁰ CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 27.

⁶⁷¹ CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 27.

Nessa sociedade autoritária, segundo a autora: “não se instala a dimensão pública e coletiva da lei; os direitos são entendidos como privilégios e interesses dos dominantes”; e “o poder se reduz ao exercício privado da força e do privilégio” Trata-se de “uma sociedade que não pode tolerar a manifestação explícita das contradições, justamente porque leva as divisões e desigualdades sociais ao limite e não pode aceitá-las de volta, sequer através da rotinização dos “conflitos de interesses” (à maneira das democracias liberais)”. Neste contexto, a luta de classes se exprime como medo. “Os grandes têm medo de perder o privilégio da violência e por isso afirmam que o povo é violento e perigoso – as classes populares são vistas como agentes do medo.” Desse modo, “a classe dominante exorciza o horror às contradições produzindo uma ideologia da indivisão e da união nacionais, razão pela qual a cultura popular tende a ser apropriada e absorvida pelos dominantes através do nacional-popular.”⁶⁷²

De outra parte, os argumentos da autora permitem seguir duas grandes linhas de identificação do medo: o medo como componente da passagem da comunidade à sociedade (medo da violência dos indivíduos contra os indivíduos, medo do poder e medo do tempo), elemento comum a modernidade européia e a seus discursos, e o medo como elemento de uma sociedade autoritária e desigual, marca de sociedades periféricas, como a brasileira, medo da perda de privilégios, medo da desumanização e medo das classes perigosas.⁶⁷³

De onde se projeta estes outros medos? Para que servem? A análise de Marilena Chauí responde a quase integralidade dessas questões. Porém, retornando a Thomas Hobbes, Susan Buck-Morss lembra que a idéia de guerra de todos contra todos não é usada apenas para apresentar o indivíduo isolado em luta contra seu igual, mas para justificar uma instituição que a seu tempo se disseminava no mundo ocidental:

“Conquanto o Leviathan (1651) seja um híbrido da linguagem figurativa bíblica com a moderna, a escravidão é discutida em termos claramente seculares. Ele a vê como uma consequência da guerra de todos contra todos no estado de natureza, portanto como pertinente à inclinação natural do homem. Envolvido com os negócios

⁶⁷² CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 32.

⁶⁷³ CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 32.

da Companhia da Virgínia por intermédio de seu patrono, Lord Cavendish, quem governou uma colônia na América, Hobbes aceitou a escravidão como "uma parte inevitável da lógica do poder". Mesmo os habitantes de "nações cíveis e florescentes" poderiam retornar a esse estado novamente."⁶⁷⁴

Hobbes não havia localizado abertamente o medo nas relações de domínio escravagistas? Mas se a guerra fundava a escravidão não era o medo que a perpetuava? Não haveria o medo na perpetuação de submissão, o medo da possibilidade de revolta, uma guerra contra e a favor do medo, ou a perpetuação da guerra na imagem do medo? Não se pode esquecer que a escravidão "do povo" e sua "libertação" era identificada com uma metáfora comum, a da escravidão dos judeus no Egito, o povo de Israel sendo libertado por Deus.⁶⁷⁵ De certo modo, uma guerra religiosa semelhante aquelas vivenciadas na Europa.

Para Michel Foucault, Hobbes fala da guerra para perpetuar a pacificação. Ao contrário, onde o discurso da guerra se localizou e se perpetuou nos séculos posteriores foi no discurso sobre as raças.⁶⁷⁶ Fato que não deveria ser espantoso, pois a consolidação dos Estados europeus coincidem com as políticas de expansão colonial sobre os povos que foram considerados diferentes desde a escravidão. Como sugere Hannah Arendt: "Dois novos mecanismos de organização política e de domínio dos povos estrangeiros foram descobertos durante as primeiras décadas do imperialismo: Um foi a raça como princípio da estrutura política: outro, a burocracia como princípio do domínio no exterior." A raça serviu para ocupar o lugar da Nação onde ela não poderia ser instaurada.⁶⁷⁷ Ou seja, onde não havia uma sociedade de indivíduos ou de classes, mas castas, distintas das hierarquias naturalizadas da pré-Modernidade, e reproduzidas por mecanismos modernos, o medo racial foi uma constante.

Ademais não deixa de ser curioso que essa guerra não levasse ao estado civil, ao contrário, fosse perpetuada como relação de domínio, logo próximo ao estado de natureza ou a perpetuação da tensão do estado de natureza. E, por outro lado, tenha sido, como demonstrou Enrique Dussel, a escravidão tenha sido

⁶⁷⁴ BUCK-MORSS. Hegel, o Haiti e a História Universal. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009.

⁶⁷⁵ Veja-se o exemplo no início do capítulo.

⁶⁷⁶ FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶⁷⁷ ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 215.

retratada como uma forma de emancipação da condição natural vivida pelos povos não-europeus, emancipação que não conduzia a igualdade civil.⁶⁷⁸ A escravidão, definida como uma iniquidade, estágio a ser superado, é, ao mesmo tempo mantida como o estágio inerente a condição daqueles que representam uma diferença.

Enfim, os intelectuais de nossa região, conheceram com intensidade essas relações, ao construírem a arquitetura do Estado Constitucional e nossa identidade nacional tiveram diante de si imagens de uma história mundial, não sincrônica, produzida por fluxos de informações variáveis, sobre as grandes transformações políticas nos países centrais. Porém, a identificação no ambiente local dos problemas enfrentados alhures é que permitiam reconstruir suas estratégias de organização do poder político. É nesse processo de densificação que as imagens assumem conotação real. É em razão dessa projeção que o medo passa a fazer parte da política e, como se observa adiante, o medo é que define o conteúdo da liberdade que é imaginada para as populações negras e indígenas. A escravidão não representa exclusivamente um problema da igualdade, mas da liberdade do outro que se impõe como sujeito, integrante de uma cultura, desejava da igualdade civil, em disputa na opressão cotidiana da atividade produtiva.

Como se argumenta no próximo capítulo, a ideologia do Estado-Nação brasileiro não reflete apenas a possibilidade de responder ao problema da coesão de uma sociedade de indivíduos, mas, sobretudo, o de manter uma coesão numa sociedade em que a noção de indivíduo não se instaurou de fato. Ao se considerar essa ideologia sem maniqueísmo, pode-se dizer que ela deve ser capaz de sintetizar visões opostas, a manutenção de privilégios e a tentativa de humanização, ou seja, deve conceder traços de humanidade aos que estão abaixo, sem contudo, elevá-los a total condição humana, e muito menos, ainda, à igualdade política, pois deve manter o sistema de privilégios. Não por acaso, o cerne dessa ideologia será o argumento da democracia racial, que, em seus termos, espelha uma contradição entre o político e o biológico. Espelha a vivência contraditória de uma sociedade escravista, organizada a partir da divisão de raças, numa sociedade capitalista cujo discurso político remete a indivíduos.

⁶⁷⁸ DUSSEL, Enrique D. 1492, O Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.

4.2 HORIZONTES DA LIBERDADE E DO MEDO: AS REVOLUÇÕES EUROPÉIAS E A ORDEM

As declarações de direitos situam-se numa encruzilhada de incertezas. Incertezas quanto aos direitos; quanto à definição das identidades (européias) diante da descoberta de um mundo total; quanto às novas formas de coesão social diante da erosão das instituições tradicionais; quanto às conseqüências mundiais da implantação do capitalismo. Elas coincidiram com processos revolucionários nos quais a certeza da continuidade política foi solapada pela emergência da liberdade não apenas no plano interno, mas nas regiões coloniais. Tornaram comum a enunciação de palavras como Revolução, Rebelião ou Revolta, e, mais tarde, Golpe de Estado e Guerra de Libertação Nacional. Ao mesmo tempo, deram novo sentido a palavras como Constituição e Soberania. Neste passo, interessa percorrer um pouco esses horizontes, sobretudo europeus, dos argumentos sobre a construção de direitos e a manutenção da ordem, ou seja, o modo como as idéias de liberdade e transformação vão sendo redefinidas no curso da construção de uma teoria constitucional. Ele permitirá compreender o que estava em jogo quando os povos originários das Américas e da Diáspora Negra, os colonizados, entram em cena na arena política da definição da forma e do conteúdo constitucional.

4.2.1 A Revolução: o processo histórico e o conceito

Gianfranco Pasquino sugere que deveriam ser estabelecidas distinções entre os conceitos de Revolução, Rebelião ou Revolta, Golpe de Estado e Guerra de Libertação Nacional a partir da amplitude e consciência dos objetivos da ação política (mudança radical ou não das relações sociais e econômicas, incluindo-se mesmo os movimentos malogrados) e das formas de participação (se popular ou restrita às elites)⁶⁷⁹ A Revolução seria “a tentativa, acompanhada do uso da violência, de derrubar as autoridades políticas existentes e de substituí-las, a fim de efetuar profundas mudanças nas relações políticas, no ordenamento jurídico-constitucional e na esfera sócio-econômica”. A Rebelião ou a Revolta estaria “limitada uma área geográfica circunscrita”, “isenta de motivações ideológicas”,

⁶⁷⁹ PASQUINO, Gianfranco. Revolução. In: BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p.1121-1131.

visaria “à satisfação imediata das reivindicações políticas e econômicas”, sem propugnar “a subversão total da ordem constituída, mas o retorno aos princípios originários que regulavam as relações entre as autoridades políticas e os cidadãos”. Logo, a Rebelião poderia “ser acalmada tanto com a substituição de algumas das personalidades políticas, como por meio de concessões econômicas”. Por sua vez, o golpe de Estado, configuraria apenas “uma tentativa de substituição das autoridades políticas existentes dentro do quadro institucional, sem nada ou quase nada mudar dos mecanismos políticos e sócio-econômicos.” Na sequência, a guerra de libertação nacional, seria movida “por um povo em busca da independência”, normalmente alcançada por uma guerra longa e sangrenta, mas que não provocaria “mudanças fundamentais na esfera sócio-econômica”, apesar da mudança política fundamental, que conduz à criação de um novo Estado.⁶⁸⁰

O primeiro aspecto, o da consciência histórica, é o mais interesse para considerar a forma como são retratadas revoluções em países periféricos, pois ele se refere ao julgamento do analista sobre o discurso elaborado pelos grupos revolucionários. A perspectiva dos sujeitos históricos nem é tão evidente nem se estabelece com os parâmetros daqueles que vivem o seu futuro e podem olhar para o conjunto dos acontecimentos. O segundo, o da mudança das relações econômicas e sociais, demonstra o caráter histórico dos conceitos, pois o próprio conceito de revolução encontrava-se ausente entre escritores gregos, romanos e da renascença. Ele resultou de uma lenta elaboração a partir da Renascença. Inicialmente indicava que as mudanças políticas não se poderiam “apartar de “leis” universais e implícitas”. Porém, no século XVII, a palavra “revolução” passa a “ser usada como termo propriamente político, para indicar o retorno a um estado antecedente de coisas, a uma ordem preestabelecida que foi perturbada”. Tal foi o sentido dado na Revolução inglesa de 1688-1689, na Revolução Americana e no início da Revolução Francesa, ou seja, os primeiros revolucionários conceberam-na como “retorno a um estado de coisas justo e ordenado, que havia sido perturbado pelos excessos, pelos abusos e pelo desgoverno das autoridades políticas, e que devia ser restaurado”. Entretanto, no curso da Revolução Francesa o termo adquire “novo” significado:

“da mera restauração de uma ordem perturbada pelas autoridades, se passa à fé na possibilidade da criação de uma ordem nova; da busca da liberdade nas

⁶⁸⁰ PASQUINO, Gianfranco. Revolução. In: BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1121.

velhas instituições, se passa à criação de novos instrumentos de liberdade; enfim, é a razão que se ergue contra a tradição ao legislar uma constituição que assegurasse não só a liberdade, mas trouxesse também a felicidade ao povo.”⁶⁸¹

A mudança de significado da palavra revolução expressa uma consciência crescente da impossibilidade de um retorno e da inauguração de um “novo início”, de uma forma de compreender o tempo e a memória dos acontecimentos. Ela insere-se num processo de compreensão do tempo que, como se disse, faz justificar o tempo presente em relação ao passado e coincidir a atual configuração do presente como um resultado do passado.⁶⁸²

O terceiro aspecto, da participação popular, trouxe um elemento novo para a teoria constitucional. Isso porque, até primeira metade do século XVIII, a idéia de soberania popular, trazida pelas revoluções, não possuía expressão como fundamento da Constituição. Como se verá adiante, o tema era tratado sob o signo do contrato entre o povo ou a nação e o príncipe, argumento de raiz medieval que expressava a idéia de constitucionalismo como limitação do poder.⁶⁸³

Por fim, segundo Gianfranco Pasquino, a teoria sobre as revoluções propôs compreender esse novo momento a partir da existência de causas, aceleradores circunstanciais, meios necessários a serem empregados e desenvolvimento dos movimentos revolucionários. Sob a hegemonia dos estudos marxistas, as causas revolucionárias são identificadas “no crescimento desigual da renda de algumas classes ou camadas em relação a outras ou no depauperamento do proletariado”, embora para Tocqueville elas sejam encontradas “na suspensão imprevista de um melhoramento econômico geral”, e, para uma leitura de inspiração funcionalista, “na diferença entre as expectativas e a capacidade potencial” do sistema em absorver tais expectativas. Entre os aceleradores circunstanciais destacam-se a cisão no seio da elite dominante, o recurso da elite excluída à mobilização popular, rupturas na organização e a lealdade das forças militares e policiais, as respostas políticas das elites às provocações revolucionárias. Porém, o fator decisivo da vitória do movimento revolucionário estaria na possibilidade de engajamento das instituições de repressão. Esta conclusão vincula-se à constatação de que os movimentos

⁶⁸¹ PASQUINO, Gianfranco. Revolução. In: BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1123.

⁶⁸² MARRAMAO, Giacomo. Poder e Secularização. São Paulo: Unesp, 1995.

⁶⁸³ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la antiqüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 1999, p. 100.

revolucionários recorreram, em maior ou menor intensidade, à violência e conduziram as sociedades a guerras civis. De igual modo, é o recurso à força que coloca em questão o surgimento, no curso do movimento revolucionário, da reação ou da contra-revolução inaugurada por alguns de seus dissidentes, sob o argumento de um retorno aos objetivos iniciais do movimento revolucionário e que tende, embora preservando algumas conquistas, eliminar o caráter radical das transformações.⁶⁸⁴

Apesar da tentativa de abstração de seu contexto de origem, as teorias sobre as revoluções emergiram, como se afirmou, da análise de acontecimentos históricos reais nos países centrais, em especial: a Revolução Francesa (1789) e a Revolução Russa (1917), identificadas como revoluções que fizeram uso de concepções de revolução como ruptura, as Revoluções Inglesas, como revoluções que fizeram recurso à noção inversa de retorno, a Independência Americana (1776-83) identificada como guerra de libertação nacional.⁶⁸⁵

Para a historiografia européia, porém, a Revolução Francesa, em razão de condições econômicas e sociais particulares, somente teria sido igualada em importância apenas pela Revolução Russa de 1917. De tal modo que: "Se a economia do mundo do século XIX foi formada principalmente sob a influência da revolução industrial britânica, sua política e ideologia foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa". Ela forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática, do nacionalismo, da organização técnica e científica, do direito e seus códigos legais.⁶⁸⁶

Entretanto, tais eventos históricos, sobretudo aqueles que conduzem a emergência do Constitucionalismo, estiveram vinculados a condições mais gerais de transformação que não se circunscreveram apenas às regiões centrais e, muito menos, aos países centrais identificados como os casos paradigmáticos. Pode-se falar numa "era da revolução democrática", pois as agitações políticas e revoluções ocorreram não apenas nos EUA (1776-83) e na França (1789), mas também na Irlanda (1782-4), na Bélgica (1787-90), na Holanda (1783-7) e na Inglaterra (1779), e

⁶⁸⁴ PASQUINO, Gianfranco. Revolução. In: BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1122.

⁶⁸⁵ PASQUINO, Gianfranco. Revolução. In: BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1122.

⁶⁸⁶ HOBBSAWM, Eric J. A Era das Revoluções 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981, p. 38.

ainda, vicejaram nas guerras de Independência nas Américas e deram novo impulso aos movimentos de insurgência dos povos colonizados e escravizados como se verá adiante⁶⁸⁷ Assim, muito embora a expressão revolução seja utilizada para indicar, os acontecimentos de 1789 e 1917, respectivamente como a revolução burguesa e a revolução proletária por excelência, quer em razão da historiografia burguesa quer em razão daquela de inspiração marxista, na perspectiva de Susan Buck-Morss, a problemática da passagem do reino da necessidade ao reino da liberdade, tributária do discurso de Hegel sobre a dialética do Senhor e do Escravo, ou a retórica da liberdade teria sido construído em razão de acontecimentos históricos que expressavam essa complexa dimensão dos Estados Coloniais transformados na “Era das Revoluções”, daí a atenção especial a Revolução do Haiti e a Revolução Francesa.⁶⁸⁸

O constitucionalismo europeu foi marcado pelos movimentos de aceleração e reação aos processos revolucionários. A política europeia entre 1789 e 1917, como escreveu Eric Hobsbawm, “foi em grande parte a luta a favor e contra os princípios de 1789, ou os ainda mais incendiários de 1793”.⁶⁸⁹ Se a teoria constitucional tem sua matriz ideológica no movimento iluminista, ela recebeu das cinzas das fornalhas das revoluções seu papel de articular, numa moldura reformista, os ideais de “igualdade e liberdade”, contendo a possibilidade de tentativas do uso generalizado da violência pelas massas populares que estivessem dispostas a obter resultados radicais e, na maioria das vezes, improváveis.

A interpretação desses acontecimentos, como demonstrou Slavoj Žižek, remete a máxima de que toda história é uma história do presente. Desde o primeiro momento, eles foram objeto de intensos debates.⁶⁹⁰ A primeira polêmica estava na relação entre revolução e violência:

“A marca que identifica todos os conservadores é a rejeição direta do movimento: a Revolução Francesa foi uma catástrofe desde o princípio, o produto do espírito moderno sem Deus; deve ser interpretada como a punição divina pelos

⁶⁸⁷ HOBBSAWM, Eric J. A Era das Revoluções 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981, p. 39.

⁶⁸⁸ BUCK-MORSS. Hegel e o Haiti. *Critical Inquiry*, vol.26, N° 4 (Verão de 2000), publicada pela University of Chicago Press, pp. 821-865.

⁶⁸⁹ HOBBSAWM, Eric J. A Era das Revoluções 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981, p. 40.

⁶⁹⁰ ŽIZEK, Slavoj. Robespierre, ou a “divina violência” do terror. In: ROBESPIERRE, Maximilien. *Virtude e Terror; textos selecionados e comentados por Jean Ducange; tradução, José Maurício Gradel*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 7-8.

caminhos tortuosos da humanidade; portanto, cabe demonstrar sua herança de forma mais meticulosa possível. A atitude liberal típica é diferente: sua fórmula é “1789 sem 1793.” Resumindo, o que os sensíveis liberais querem é uma revolução descafeinada, uma revolução que não cheira a revolução. Assim, François Furet e outros tentaram privar a Revolução Francesa de seu estatuto de evento fundador da democracia moderna, relegando-a a uma anomalia da história: houve uma necessidade histórica de afirmar os princípios modernos da liberdade pessoal etc., mas, como prova o caso inglês, isso talvez pudesse ser conseguido de modo muito mais efetivo de forma pacífica ... Os radicais, ao contrário, estão possuídos pelo que Alain Badiou chamou de “a paixão do Real”: se você diz A – igualdade, liberdades e direitos humanos -, não deve fugir de suas conseqüências, mas é preciso reunir coragem para dizer B – o terror realmente precisou defender e afirmar A.⁶⁹¹

A segunda polêmica reside em saber se o “Terror” manteve-se fiel ao ideário Iluminista ou resultou de sua deturpação. Neste caso, segundo Bertrand de Jouvenel, a oposição estaria entre Marat e o abade Raynal. Para Marat a filosofia “preparou, iniciou” e “favoreceu” a Revolução, mas os escritos seriam insuficientes porque não podiam prescindir da ação decorrente das “sublevações populares”.⁶⁹² Teriam sido:

“as sublevações que subjugarão a facção aristocrática dos Estados Gerais, contra a qual se esboroavam as armas da filosofia e a autoridade do monarca. Foram elas que a convocaram ao cumprimento de dever por meio do terror (...), que a levaram a unir-se sob a inspiração de um objetivo patriótico, e a cooperar com o povo a bem do Estado. Basta acompanhar os trabalhos da assembléia Nacional para concluir que a mesma não entrava em atividade a não ser em decorrência de alguma sublevação popular e que, nos tempos de paz e segurança, essa facção odienta jamais deixou de reerguer-se para opor entraves à Constituição ou fazer aprovar decretos funestos.

⁶⁹¹ ZIZEK, Slavoj. Robespierre, ou a “divina violência” do terror. In: ROBESPIERRE, Maximilien. Virtude e Terror; textos selecionados e comentados por Jean Ducange; tradução, José Maurício Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 7-8.

⁶⁹² MARAT. Artigos de 10 e 11 de novembro de 1789 publicados no jornal L’ami Du Peuple, citado por WALTER, Gerard. La Révolution française vue par ses jounaux. Paris: 1948, p. 76-79. Recompilado por JOUVENEL, Bertrand de. As Origens do Estado Moderno. Uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 40-41.

Portanto, é às sublevações que devemos tudo.”⁶⁹³

Em outras palavras, “A Revolução deve seu sucesso, seu ritmo, sua aceleração catastrófica à coalisão imprevista das luzes (ou, se se quiser, do reformismo esclarecido) e do obscuro impulso das multidões irritadas.”⁶⁹⁴ Segundo Bertrand de Jouvenel⁶⁹⁵ essa posição demonstra como “somente por meio do jogo da imagem que a idéia abstrata pode inspirar um movimento popular”, Desse modo, os intelectuais teriam conseguido, por exemplo, “tomar de assalto a Bastilha, ainda que ela não fosse a princípio temida pelos populares.”⁶⁹⁶

Por sua vez, o abade Raynal, em manifestação de 31 de maio de 1791 na Assembléia Constituinte Francesa, afirmaria que a filosofia não poderia ser responsabilizada pelo “resultado de uma falsa interpretação dos nossos princípios” que teria provocado “distúrbios religiosos, discussões civis, a consternação de uns e a audácia de outros, um Governo que se tornou escravo da tirania popular” e sem um rei (“o primeiro amigo de seu povo”). Logo, sustentava que as mesmas idéias, benéficas para as instituições tornam-se enebriantes e perigosas quando condensadas e enunciadas de forma vigorosa.⁶⁹⁷

Em outras palavras Marat defendia o valor positivo tanto das idéias quanto da ação popular, enquanto Raynal tomava a apropriação popular das idéias como um grave problema. Todavia, ambos demonstravam a existência de dois mecanismos presente nos processos revolucionários: a) a relação entre esfera pública integrada

⁶⁹³ MARAT. Artigos de 10 e 11 de novembro de 1789 publicados no jornal *L'amie Du Peuple*, citado por WALTER, Gerard. *La Révolution française vue par ses jounaux*. Paris: 1948, p. 76-79. Recompilado por JOUVENEL, Bertrand de. *As Origens do Estado Moderno*. Uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 40-41.

⁶⁹⁴ STAROBINSKI, Jean. *1789. Os Emblemas da Razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 48.

⁶⁹⁵ Segundo Bertrand de Jouvenel: “Esse trecho representa algo que foi bem visto e perfeitamente previsto. Não demorará que a iniciativa dos acontecimentos escape à Assembléia Nacional, ela não será recuperada nem pela Legislativa, (Assembléia que sucedeu à Constituinte no dia 1º de outubro de 1791 e foi substituída pela Convenção a 21 de setembro de 1792) nem pela Convenção. Os passos decisivos da Revolução tiveram início não nas decisões adotadas no seio das assembléias, mas nas pressões externas exercidas sobre elas. A Legislativa será monarquista: não é por ato seu, mas em virtude das “jornadas” de 20 de junho e 10 de agosto de 1792 que a realeza é abolida. A Convenção será girondina: são as jornadas de 30 de maio e 2 de junho de 1793 que conferem o poder à Montanha.(...) JOUVENEL, Bertrand de. *As Origens do Estado Moderno*. Uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p.41.

⁶⁹⁶ MARAT. Artigos de 10 e 11 de novembro de 1789 publicados no jornal *L'amie Du Peuple*, citado por WALTER, Gerard. *La Révolution française vue par ses jounaux*. Paris: 1948, p. 76-79. Recompilado por JOUVENEL, Bertrand de. *As Origens do Estado Moderno*. Uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 41-42.

⁶⁹⁷ JOUVENEL, Bertrand de. *As Origens do Estado Moderno*. Uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 91-92.

por intelectuais e o comportamento das populações cidadinas; b) a presença de mecanismos que tentavam institucionalizar e, portanto, limitar as formas de participação política, controlando, para um, sua principal virtude, para outro, seu vício. As duas posições colocavam em questão o problema da forma como ocorreria a reprodução da unidade das relações sociais em razão da ação política.

A propósito, ao comparar a liberdade norte-americana e a liberdade francesa, a partir do uso das expressões “The people are” e “Le Peuple est”, Bertrand Jouvenel sugere a existência de dois caminhos seguidos nesses dois contextos:

“A colocação do povo no singular ou no plural envolve idéias cognitivas bem diferentes, uma das quais mostra uma profusão de indivíduos, enquanto a outra se presta a personalização do conjunto.

A forma francesa é menos propícia à personalização distributiva da liberdade, baseada na idéia de que a liberdade do povo e a liberdade das pessoas que a compõem.”⁶⁹⁸

De qualquer modo, a distinção sugere a possibilidade de um apelo maior em determinado contexto a idéias abstratas, como a Nação, para resolver o indeterminável da participação política, e, em outros contexto, a tendência a um apelo à procedimentalização dos interesses individuais.

Em síntese, as visões conservadora (a catástrofe francesa), a liberal (“1789 sem 1793”), a radical (a paixão revolucionária francesa) foram desde aqueles momentos decisivos formas de interpretar o modo como o povo será retratado nas revoluções, como protagonista das transformações políticas e titular de direitos (“profusão de indivíduos”) ou se ele afastado desse papel (“personalização do conjunto”), e de que modo o povo agiria quando de posse de novas idéias de liberdade e de igualdade (protagonistas da história ou arrastado pelas paixões). Todavia, se tais questões já foram abordadas anteriormente no capítulo primeiro de forma genérica quanto à tensão constitutiva do Estado Democrático de Direito entre constitucionalismo e democracia, é importante considerá-las brevemente em seu percurso histórico no modo como a liberdade individual ou a liberdade de participação coletiva vai sendo articulada com os temas do medo e da ordem, e, mais especificamente com as funções atribuídas à lei e ao Estado.

⁶⁹⁸ JOUVENEL, Bertrand de. As Origens do Estado Moderno. Uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 91-92.

Neste contexto, segundo a Marilena Chauí, a idéia do Estado como instância garantidora que impede a dilaceração da sociedade e contém o medo social, impedindo o retorno a um “estado selvagem”, estará articulado na teoria jurídica a três vertentes políticas antagônicas:

“vertente republicano-democrática: julga que o direito civil só poderá garantir os direitos naturais se mantiver os dados que constituem tal direito, isto é, a igualdade e a liberdade; vertente da monarquia constitucional: que considera que somente o poder legal centralizado no monarca e nas instituições monárquicas é capaz de assegurar os direitos naturais; vertente absolutista: que tende a apagar os direitos naturais e os civis e a assumir, assim, perante o constitucionalismo moderno, as características da tirania.”⁶⁹⁹

Se o medo nasce com as transformações na modernidade, ele é percebido como um problema “real” e se “resolve”, em parte, em discursos sobre as formas de garantia dos direitos e a estrutura do Estado, mas também com a produção de novos “mitos”, como a Nação.⁷⁰⁰

4.2.2 As Revoluções e a Soberania Popular na Teoria Constitucional

A longa trajetória de modificações nas perspectivas do constitucionalismo em decorrência dos processos revolucionários foi apresentada por Maurício Fioravanti. Segundo o autor, o constitucionalismo até a Revolução Francesa havia sido pensado não apenas como limitação dos poderes públicos constituídos, mas também como inibidor em relação à possibilidade de surgimento da idéia de povo soberano, pois ela representava a ruptura unilateral do contrato por parte de um dos sujeitos contratantes. Na prática constitucional inglesa, por exemplo, o poder de veto do poder executivo monárquico era retratado como um limite a aspiração do povo (parlamento) de determinar a forma política e a direção política do governo.⁷⁰¹

Segundo Nicola Matteuci, a identificação do conceito, e da prática, do que se convencionou chamar de constitucionalismo refere-se à tradição jurídico-política

⁶⁹⁹ CHAUI, Marilena. Direitos Humanos e Medo. In: Direitos humanos e Comissão de Justiça e Paz. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 21.

⁷⁰⁰ A outra parte diz respeito ao fato de que a raça, como referido acima, ocupará os pensadores ocidentais quando a unidade é aquela interna das regiões coloniais.

⁷⁰¹ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 100-101.

continental das teorias que remontam a Montesquieu e a Kant preocupadas com o Governo Misto, vale dizer, com a separação dos poderes como forma de sua limitação. Depois, se desenvolve com a “permanência desse tema na experiência histórica inglesa, as preocupações com o Governo limitado, vale dizer da soberania das leis frente aos atos de governo, e inclusive do poder legislativo. Ao final, a idéia “mais central da história do Constitucionalismo” foi a de “supremacia do direito”, ou seja, de limitação do poder que opõe “ao demonismo da política à racionalidade do direito”.⁷⁰²

Entretanto, para Maurício Fioravanti, a idéia comum da constituição mista medieval, símbolo do constitucionalismo, foi demonstrando suas fraquezas a partir das idéias de Rousseau sobre a soberania popular e de J. Bentham sobre a utilidade do governo. Foi em função da prática precedente do constitucionalismo medieval que o primeiro tomou a idéia de contrato, mas colocou em causa as relações já existentes entre governantes e governados, e por essa razão sua obra desde cedo foi condenada.⁷⁰³

Por sua vez, Bentham afirmava que a verdadeira diferença entre o governo livre e tirânico não estava na maior possibilidade de opor maiores limites em nome da Constituição, mas no modo de participação no supremo poder legislativo pelas distintas classes, pela alternância contínua entre governantes e governados, pela responsabilidade política daqueles diante dos eleitores e pelo modo de organização das liberdades políticas mais importantes, como as liberdades de imprensa e de associação. Ou seja, “quando um poder está autenticamente legitimado pelo consenso popular, quando está controlado pelo povo e é responsável diante dele.”

⁷⁰⁴

Em síntese, no último quartel do século XVIII, as vésperas das grandes revoluções, havia de um lado a tradição constitucionalista do poder limitado e, de outro, a aspiração nascente de discutir a forma política e a mesma tradição pelo povo.⁷⁰⁵

⁷⁰² MATTEUCI, Nicola. Constitucionalismo. In; BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 246-257, p. 247.

⁷⁰³ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 100-101.

⁷⁰⁴ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 102.

⁷⁰⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 102.

Como afirma Maurizio Fioravanti:

“A primeira pertencia ao campo da constituição, a segunda ao campo da soberania. A tradição constitucionalista condenava a idéia nascente da soberania popular, na qual identifica a produção de uma ruptura da ordem constitucional, a dissolução do vínculo de obediência política em relação aos poderes constituídos e, também, a perda do valor da mesma constituição, e desse modo dos limites e dos equilíbrios dos poderes e entre os poderes, que ao menos no caso inglês representavam a melhor garantia possível a favor dos mesmos direitos dos indivíduos. Ao contrário, quem sustentava a necessidade de refundar as instituições políticas sobre a base da vontade popular terminava inevitavelmente, como no caso de Bentham, por considerar a constituição como algo embaraçoso, ou quiça como uma ficção construída para manter vivos alguns poderes, como os do rei e as aristocracias parlamentares inglesas, irresponsáveis em essência frente ao povo.”

706

Essas duas tendências eram divergentes e militavam em campos opostos. “A constituição temia a soberania popular, e o povo soberano temia a constituição.”⁷⁰⁷ Entretanto, as revoluções, tornaram-se um momento decisivo no constitucionalismo “porque situam em primeiro plano um novo conceito e uma nova prática” que subverte essa oposição. Tratava-se da reivindicação do “poder constituinte” pelos colonos americanos e revolucionários franceses.⁷⁰⁸

Como expressa Maurizio Fioravanti:

“No exercício do poder constituinte estava contida uma indestrutível expressão de soberania, com a qual um sujeito coletivo por si mesmo pretendia reconstruir toda uma nova forma política. Era o que o constitucionalismo sempre havia temido. Porém, que era o realmente extraordinário no que estava acontecendo estava no fato de que essa mesma vontade soberana tendia a associar-se explicitamente a constituição, a converter-se em vontade geradora de ordem, de renovada estabilidade. O poder constituinte das revoluções pode ser apresentado

⁷⁰⁶ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 102-103.

⁷⁰⁷ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 103.

⁷⁰⁸ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 103.

como o ponto em que as distintas e opostas tradições, da soberania e da constituição, tendem a confluir, a relacionar-se.”⁷⁰⁹

Isso não significa que a prática e a teoria constitucional americana e francesa tenham tido os mesmos desenvolvimentos e tomado rumos idênticos. Elas responderam a distintos problemas em sua origem.

O processo de independência americano teve como uma de suas motivações a taxação de impostos determinada pelo parlamento inglês. Os colonos alegavam não estar ali representados e, no mesmo passo, reconheciam a legitimidade de suas representações locais. Desse modo, “A Revolução americana nasce sob o lema da oposição da constituição a lei do parlamento.”⁷¹⁰ Era a primeira vez que o termo é “adotado contra a lei em sentido plenamente normativo com a intenção explícita de considerar essa lei inválida, incapaz de gerar uma obrigação legítima.” “Os americanos quiseram uma constituição democrática contra a degeneração no sentido parlamentarista da tradicional constituição mista inglesa, na qual reconheceram uma forma de absolutismo.”⁷¹¹ Sustentava-se no curso da Revolução que a constituição era superior em razão de um duplo fundamento: o tradicional da constituição inglesa e os direitos dos britânicos, e outra novo, do poder constituinte e dos direitos naturais dos indivíduos. Tratava-se de reivindicar o direito de abolir o governo injusto que não preservara a constituição para salvaguardar os direitos dos indivíduos.⁷¹²

Conforme Maurício Fioravanti, no encontro entre a constituição e poder constituinte emerge uma “constituição democrática dirigida a instituir um governo limitado, em um sentido específico de um governo “compresivo” de poderes que resultam ser todos intrinsecamente limitados, precisamente porque não era originários”, operando no âmbito de suas competências e de maneira a frear-se reciprocamente.”⁷¹³ O poder dos juizes aparece como uma garantia dos direitos dos indivíduos diante das maiorias políticas e como forma de controlar o poder mais forte,

⁷⁰⁹ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 103-104.

⁷¹⁰ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 104.

⁷¹¹ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 104.

⁷¹² FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 105.

⁷¹³ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 105.

o poder legislativo. Na expressão de Thomas Paine: “Uma Constituição não é produto de um governo, mas de um povo, e o governo sem Constituição é poder sem direito.”⁷¹⁴

Ao deslocar o fundamento da constituição para o poder constituinte do povo, os americanos viram-se obrigados a enfrentar o problema da continuidade do poder constituinte e da revisão do conteúdo da constituição. A questão foi resolvida pelo uso de emendas constitucionais nos momentos políticos mais decisivos, sem que houvesse a necessidade de “evocar e por em movimento a originária força geradora do povo soberano.”⁷¹⁵ Os franceses, por sua vez, porque tinham que assumir a tarefa de demolir todo o conjunto das relações políticas e sociais do antigo regime não podiam conceber o povo apenas como origem e fundamento da constituição: “Esse povo deveria ser melhor compreendido, no sentido plenamente político, como o soberano que através da constituição representa e sustenta o processo revolucionário.”⁷¹⁶

Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836) tem sido considerado o interprete desse momento em sua obra *O Terceiro Estado* defende que “a constituição deverá disciplinar os poderes que esta mesma revolução instituiu, porém nunca poderá pretender apagar esse motor (tradução?)”. Desse modo, ele enterrava as discussões em torno da ordem fundamental do reino e desloca o debate constitucional “para a criação de uma constituição inteiramente nova, fundada sobre a força soberana do povo, da nação.” A revolução havia “individualizado o sujeito soberano, artífice da revolução e da constituição ao mesmo tempo.” O poder legislativo não aparecia, como foi para os americanos, submetido ao poder soberano, mas, ao invés disso, era sua encarnação.^{717 718}

⁷¹⁴ PAINE, Thomas. Os direitos do homem e outros escritos políticos. Citado por FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 110.

⁷¹⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 111.

⁷¹⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 111.

⁷¹⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 112.

⁷¹⁸ Neste contexto, a obra de Sieyès oscila, segundo Maurizio Fioravanti, “entre uma concepção de representação próxima a do mandato, baseada no poder de instrução e revogação por parte do povo” (“a representação é legítima, pois o povo não aliena sua própria soberania”) e outra em que a representação é tida como necessária a existência política do povo (“o povo existe politicamente porque se expressa de maneira representativa”). Desse modo, o poder do povo de

Como expressou Sieyés, quanto ao terceiro estado identificado com a Nação:

“Os representantes extraordinários terão um novo poder que a nação lhes dará como lhe aprouver. Como uma grande nação não pode, na realidade, se reunir todas as vezes que circunstâncias fora da ordem comum exigem, é preciso que ela confie a representantes extraordinários os poderes necessários a essas ocasiões. (...) Um corpo de representantes extraordinários supre a assembléia desta nação.”⁷¹⁹

Não obstante, segundo Maurizio Fioravanti, o pensamento revolucionário não abandonou completamente a idéia de uma Constituição como limitação da autoridade legislativa. A idéia de respeito aos direitos individuais estava contida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, mas, ao mesmo tempo em que o a vontade geral, expressa na atividade legislativa, aparecia como sujeito e guardião desses respectivos direitos.

Os conflitos em torno da idéia de entregar o poder constituinte a um só sujeito pode ser identificado nas sucessivas constituições do período.⁷²⁰ As duas primeiras constituições (1791 e 1793) adotaram uma “estrutura monista de constituição”, ou seja, tendiam “a representar o sujeito soberano, a nação ou o povo, em um dos poderes previstos pela constituição.”⁷²¹ A terceira delas (1795), embora tenha subvertido essa estrutura, não renunciou ao princípio da supremacia do poder legislativo, submetido, porém, a maquinaria política regulada constitucionalmente.

legislar tem uma natureza própria distinta dos demais poderes constituídos. FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 113-114.

⁷¹⁹ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burquesa. Qu'est-ce que le Tiers État? Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 52-53.

⁷²⁰ “A Constituição de 3 de setembro de 1791, a Constituição jacobina de 24 de junho de 1793 e a Constituição de 22 de agosto de 1795. Na primeira, restava evidenciada a supremacia do poder legislativo, pois o poder executivo lhe estava subordinado, surgindo apenas como o mais alto grau da administração, e o judiciário submetia-se as decisões do Tribunal de Cassação que fiscalizava o cumprimento das decisões legislativas. Porém, em um aspecto a Constituição parecia temer o povo. Ela incorporava a distinção entre cidadãos ativos e passivos, e estabelecia um modelo de eleição indireta em que os deputados eram escolhidos apenas por uma parcela eleita entre os cidadãos ativos. A segunda Constituição que nunca chegou a vigorar, eliminou a figura do rei e estabeleceu o voto universal. Não por acaso, ela iniciava com uma declaração de direitos que substituíam a soberania da nação pela soberania do povo. Ao mesmo tempo, estabelecia direitos de solidariedade (educação, assistência e trabalho). Valia-se de um sistema de legislação ordinária com base no referendo e de um mecanismo de revisão constitucional, a partir da base, em que a iniciativa cabia às assembléias primárias, concebidas como um sujeito permanentemente presente. A terceira surge em reação ao período jacobino e tentou colocar um freio ao poder constituinte, mediante uma ordem constitucionalmente regulada. Ela retoma o modelo eleitoral da Constituição de 1791, e estabelece um poder legislativo bicameral e um diretório composto por cinco membros, representantes do poder executivo sem direito de veto.” FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 117-118.

⁷²¹ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 117.

Ela marcou a necessidade de “reafirmar, em relação com o processo político de decisão, o valor normativo e prescritivo da Constituição.”⁷²² Neste contexto, o próprio Suyés passa a considerar que “a permanência do poder constituinte é uma ameaça a qualquer princípio de estabilidade”.⁷²³ A solução francesa aproximava-se da americana pelo papel conferido ao poder constituinte, mas dela se distanciava por considerar o centro do poder o poder legislativo. Ao mesmo tempo, valorizava o poder legislativo, tal qual os ingleses, mas não alcançou a fórmula do poder tripartite.

4.2.3 A Restauração: A Ordem e o Medo

Segundo Bertrand de Jouvenel, embora a derrubada das instituições do antigo regime necessitasse de um poder tão forte quanto o existente, o resultado foi contraditório. Após a revolução, o enterro desses poderes sociais fez desaparecer a influência limitadora sobre o poder governamental que, a partir daí, encontrou o “campo livre para expandir-se”. Logo, essa situação “permitiu o advento do poder bonapartista” e “a falta de organizações não estatais representou um apelo para a ação dos prefeitos”. No mesmo passo, criou as condições psicológicas para o exercício de um poder desmesurado.⁷²⁴ A idéia abstrata de soberania popular criou uma faculdade permissiva, e a destruição dos poderes sociais uma faculdade prática para o exercício de um novo poder. No mesmo contexto, elas provocaram uma cisão interna no liberalismo:

“já que de um lado o mesmo sente uma repugnância profunda por toda e qualquer discriminação entre os cidadãos, e em consequência por qualquer privilégio político da classe dos proprietários, enquanto de outro lado fica ansioso por encontrar elementos de apoio efetivo em sua ação contra o poder governamental, e não consegue encontrar outros, a não ser precisamente o poder dos proprietários.

⁷²² FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 119.

⁷²³ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 119.

⁷²⁴ Conforme o autor: “Quando temos a representação concreta de que um só homem é o Soberano, não podemos admitir que a soberania seja ilimitada, já que sabemos que todo homem pode errar. No entanto, não se pode conceber quaisquer limites a uma soberania que pertence a todos. Seria injusto dizermos que a idéia de soberania popular representa um apelo por um poder governamental muito grande, mas é justo dizer que ela o autoriza.” JOUVENEL, Bertrand de. As Origens do Estado Moderno. Uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 182 .

Por isso sente-se constantemente dividido entre uma aliança de princípios ou de sentimento com os radicais e democratas, que pretendem dar aplicação integral ao princípio da igualdade dos direitos políticos, e uma aliança prática, ditada pela prudência, com os interesses conservadores ligados a propriedade.”⁷²⁵

A restauração será a época de ouro do liberalismo, ele irá lutar pelas liberdades conforme sua conveniência. A luta contra Napoleão, por ter ressuscitado parcialmente o aparelho do Estado Absolutista, desacreditando os ideais revolucionários, será seu foco. Ao mesmo tempo, já não teme, às vezes, se aliar à esquerda quando ela não representa um poder forte e extenso.⁷²⁶

Em outras palavras, o liberalismo posterior à Revolução Francesa, situa de modo mais evidenciado um novo medo, o medo do povo, oscilando entre este medo e o medo do poder. No mesmo passo será cada vez mais capaz de identificar-se com os interesses dos proprietários. Tal situação ficará expressa no modo como o conflito entre soberania e constituição passa a integrar as teses constitucionalistas subseqüentes à Revolução Francesa e na forma como será fundamentado o papel crescente da burocracia estatal.

Como sintetizou Maurício Fioravanti:

“O constitucionalismo posterior a Revolução tem em essência um único adversário, que sempre é o mesmo ainda que adquira formas distintas: para Burke⁷²⁷, o poder constituinte da Revolução, para Kant e para Constant, a soberania

⁷²⁵ JOUVENEL, Bertrand de. As Origens do Estado Moderno. Uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 184-185.

⁷²⁶ JOUVENEL, Bertrand de. As Origens do Estado Moderno. Uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 185.

⁷²⁷ Edmund Burke, em suas Reflexões sobre a Revolução na França (1790), contrapõe a experiência constitucional francesa à inglesa e busca na história a razão entre aos diferentes modelos constitucionais, critica o voluntarismo da revolução francesa que colocava em risco a própria obrigação política e os direitos dos cidadãos, ao passo que elogia a manutenção das tradições em solo inglês, capaz de limitar o poder constituinte em relação a segurança e a propriedade dos cidadãos. Para o autor, é o fundamento histórico da constituição inglesa que “cria um verdadeiro e autêntico núcleo fundamental da experiência política, subtraído da disponibilidade política dos atores do momento”. Os revolucionários franceses, ao contrário, haviam substituído o “o despotismo do monarca ao despotismo da multidão” porque seguiram Rousseau, olvidando-se de Montesquieu. O resultado era um elogio ao modelo constitucional inglês porque “profundamente radicado na história da comunidade política”. Conforme Maurício Fioravanti: “Certeza e garantia são, desse modo, as palavras-chave de Burke. Elas reclamam, por sua vez, uma concepção geral de constituição como fruto de um empenho e de um verdadeiro e autêntico pacto ou contrato entre os indivíduos, no sentido de uma consolidação progressiva e historicamente determinada de uma consolidação do equilíbrio entre os interesses sociais, e não no sentido de um projeto que se apresenta politicamente através de uma assembléia constituinte.” Como se percebe, Burke opõe-se a política como fruto da vontade que inaugura algo novo, e, ao mesmo tempo, intenta encontrar no passado o fundamento da política. A história entra numa fase de retorno. FIORAVANTI, Maurizio. Constitución de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 120-121.

popular para além da supremacia da lei como máximo instrumento de igualdade e de garantia de direitos, para Tocqueville ⁷²⁸, por fim, o processo histórico de nivelção social e concentração de poderes, inerente a expansão do princípio democrático. Observando-se com acuidade, todos esses personagens, ainda que de modo distinto, terminam de qualquer maneira por contrapor o resultado revolucionário da soberania – entendida como tendência a expansão sem medida da razão política democrática sobre todo o espaço das relações civis e sociais – ao valor da constituição entendida não tanto como norma jurídica positiva, mas muito mais como ideal político dentro do qual estava contida a fundamental e irrenunciável aspiração de pluralidade, de individualidade, e também da diferença.” ⁷²⁹

Kant, em ensaios publicados entre 1793 e 1797, elabora o caminho de uma Constituição Republicana, fundada “numa verdadeira e autentica filosofia da história”, a constituição do futuro, modelada a partir de um conjunto de princípios. Eles são extraídos da declaração de direitos de 1789. O primeiro, “a liberdade, que consiste na livre persecução da felicidade por parte de cada um, sempre que não impeça a mesma busca por parte dos outros cidadãos.” Somente a lei poderia assegurá-lo, desde que não indicasse uma direção a ser seguida por todos, e não prescrevesse, portanto, uma finalidade ao exercício dos direitos dos cidadãos. O segundo, a igualdade, “entendida como submissão de todos a mesma lei”, que coincidia com a idéia “de monopólio legislativo dos poderes de coação como

⁷²⁸ Alex Tocqueville (1805-1859) conheceu a prática constitucional americana e, em seu livro *A Democracia na América*, debate a idéia de uma Constituição que mandava tanto nos legisladores quanto nos cidadãos. Seu objetivo era demonstrar que mesmo numa democracia desenvolvida ao máximo, não era possível renunciar a idéia de limites. Ao mesmo tempo, este contrapeso ao princípio democrático não poderia carecer de natureza aristocrática, representado pelos juristas americanos, encarregados de manter forma e ordem no seio da convivência civil. Porém, a sua preocupação com limites não se limitava ao controle de constitucionalidade. Antevia a tendência a concentração de poder com a junção de assembléias eletivas e extensas burocracias atuando sobre a totalidade do espaço social, na vida cotidiana de cidadãos e indivíduos, cada vez mais empurrado para seu espaço privado. Essa concentração somente poderia ser contrabalanceada pela prática associativa de novas aristocracias que fundadas em sua força econômica e política defendessem seus interesses, de forma independente, em relação ao poder político. A raiz histórica desse problema estava, segundo o autor, na obra da Revolução que destruíra os elementos aristocráticos, capazes de agir com autonomia. Segundo Maurizio Fioravanti, Tocqueville não se identificava com um nostálgico do Antigo Regime: “acreditava (...) pleitear o problema de uma democracia, herdeira histórica desse processo histórico de nivelção e de concentração de poderes que em nome do princípio da igualdade, e sobretudo, em nome do monopólio legislativo de todas as funções de relevância coletiva, intentava completar esta gigantesca obra de despolitização da sociedade, e já não podia contar com nenhuma aristocracia independente do poder político, com nenhuma classe dirigente socialmente eficaz de maneira autônoma por força própria e por prestígio próprio.” FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 129-131.

⁷²⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 131-132.

primeira garantia de abolição de todo o tipo de dominação pessoal do homem sobre o homem.” Ou seja, a lei deveria ser a única fonte de coação, aplicada a todos da mesma forma.⁷³⁰

Os dois princípios eram compreendidos a partir da distinção entre a forma de Estado ou forma política (Monarquia, aristocracia e democracia) que determinava a quem era atribuído o poder legislativo, e a forma de governo (despótico e antidespótico) que determinava a forma como se estabelecia a relação entre o poder legislativo e os demais poderes. Para Kant, era a forma de governo que caracterizava uma constituição republicana. Ao separar o poder de legislar do poder de dirigir a coisa pública e de nomear juizes, ela garantia uma estruturação concreta do exercício antidespótico do poder.⁷³¹

Malgrado Kant inicialmente dissocie a garantia da igualdade e da liberdade, em consonância com o pensamento pós-revolucionário, considera que a democracia, em sua versão jacobina, quando atribui aos representantes do povo soberano, legitimado pelo sufrágio universal e secreto, aqueles dois poderes, contém um princípio que a torna incompatível com a constituição republicana. No mesmo passo, defende que o direito de voto deveria ser dado apenas aos que possuíssem certa “independência civil”, por ser o único modo de evitar que os representantes buscassem ocupar, como no curso da Revolução, todo o espaço público. E ainda, negava o direito de resistência por parte do povo, por considerar que ele faria concentrar aqueles dois poderes, e, ao mesmo tempo, porque a constituição republicana partia do caráter representativo, impedindo ao povo, mas não ao parlamento, o direito de fiscalizar a atuação do governo conforme a lei.⁷³²

Enfim, a reflexão kantiana irá inspirar as doutrinas que buscam limitar a soberania popular e evitar os excessos revolucionários.

Neste contexto, a figura de Benjamim Constant (1767-1830) foi decisiva, no curso da Revolução ele inicia suas reflexões que encontrarão à época da Restauração sua maior expressão, quando malgrado o regime monárquico ele permanece vinculado à idéia de Constituição como técnica política de limitação dos

⁷³⁰ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 124.

⁷³¹ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 124.

⁷³² FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 126-127.

poderes. Em *Princípios da Política* (1815) desenvolve o argumento da soberania limitada. A soberania popular seria válida apenas como “supremacia da vontade popular sobre as vontades particulares” na elaboração da lei geral e abstrata capaz de garantir a igualdade no mesmo sentido de Kant.⁷³³ A soberania do povo tem legitimidade desde que identificada com a figura do legislador e sob a condição de que o povo não assumisse a posição de um permanente sujeito soberano que pretendesse reescrever o ordenamento jurídico identificado com a liberdade individual, a liberdade de opinião, e o livre gozo da propriedade, a garantia contra o arbítrio. Nele está presente a idéia de uma sociedade civil que procura evitar o domínio absoluto da razão política. A ameaça de extensão do poder pelo próprio legislador poderia ser garantida com a maturação da sociedade civil, com a construção da opinião pública, porém não havia ainda a idéia da possibilidade de opor a Constituição à lei.⁷³⁴ Como afirma Maurício Fioravanti: “os liberais como Constant associam cada vez mais a Constituição a liberdade, porém no plano ideológico ou do programa político, não mais no plano normativo ou da constituição como norma de garantia dos direitos a mesma lei.”⁷³⁵ Neste contexto estava o debate sobre o Poder Moderador, conferido ao rei na constituição de 1814, um poder neutro capaz de solucionar os conflitos entre executivo e legislativo.⁷³⁶

Em síntese, o constitucionalismo posterior a revolução francesa terá um adversário em comum: ele se opõe frontalmente a idéia do povo soberano sem limites em sua ação. Numa versão liberal, como a de Constant, a liberdade surge como limite de ação da liberdade do povo soberano e do poder em geral, e aos poucos se converte no debate sobre a forma de distribuição do poder, deixando para segundo plano o problema da liberdade inscrita na elaboração da lei igual para todos. Dentro desse debate, emergirá ao longo do século XIX, uma versão que debatia a estabilidade da obrigação política, ou seja, ela desafiava a tese de que a soberania resultava da manifestação de vontade dos indivíduos e poderia ser revogada a qualquer tempo por eles. Não se tratava apenas de conceber alguns

⁷³³ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 127.

⁷³⁴ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 128.

⁷³⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 129.

⁷³⁶ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 129.

direitos privados como inatacáveis pelo poder constituinte, mas, ao contrário, de opor o interesse público estatal aos interesses privados, destacando o papel do Estado soberano.

Em sua versão mais extrema, chegou a se constituir num verdadeiro pensamento contrarrevolucionário e oposto à herança do constitucionalismo, que negava a origem dos direitos individuais e da constituição escrita, como no caso de Joseph de Maistre (1753-1821). Este criticava o fato de a Revolução ter separado sociedade e soberania, concebendo-a de modo contratual, o que levava a desordem dos poderes constituídos. Daí a necessidade de encontrar um núcleo estável na experiência política capaz de eliminar a força corrosiva da luta política e dos interesses particulares.⁷³⁷

Segundo Maurício Fioravanti, Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) foi quem melhor expressou essa problemática. A crítica de Hegel nasce no contexto de uma Alemanha não unificada, marcada por um direito consuetudinário e uma sociedade feudal. Ele se opõe ao antigo privatismo dos estamentos, mas também ao moderno privatismo dos indivíduos, e, de igual modo, aos direitos do monarca e do povo, em nome da soberania do Estado. O Estado representaria o princípio unitário e não poderia decorrer dos interesses privados, sob pena de ser utilizado por estes, conforme as circunstâncias.⁷³⁸

A comparação entre a Alemanha e a França, neste contexto, elucidava o problema. A primeira tinha uma administração, um sistema financeiro e tributário e um exército, tinha um Estado e por meio da Revolução buscava uma Constituição. “A Alemanha, ao contrário, tinha uma constituição, porém era obstinada em não buscar o que necessitava para existir politicamente, ou seja, um Estado”. Ainda assim, criticava o fato de que os alemães consideravam como sua Constituição um conjunto de regras particulares de direito consuetudinário.⁷³⁹ No, entanto, o caminho seguido pela França não deveria ser seguido, pois, em suas lutas políticas, ele

⁷³⁷ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 133-134.

⁷³⁸ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 134.

⁷³⁹ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 135.

esquecera da dimensão institucional do Estado.⁷⁴⁰ Desse modo, conforme Maurício Fioravanti, para Hegel:

“o que produz a afirmação da constituição estatal, é, em poucas palavras, a soberania do Estado, que torna impensável a soberania de qualquer sujeito político fora da constituição, seja o monarca ou mesmo o povo, que somente no Estado e sua constituição encontra ordem e forma e, por tal razão, encontra capacidade de existir no plano constitucional.”⁷⁴¹

Nas reflexões de Hegel, a Europa pós-revolucionária encontrou a resposta ao tema constitucional capaz de satisfazer sua demanda por ordem:

“A constituição já não podia ser definida simplesmente como norma que ordena os poderes e garante os direitos. Ao revés, era melhor definida como ordem fundamental da convivência civil, construída a partir das vontades particulares das concretas forças sociais e dos mesmos indivíduos, porém de maneira que ao final produzia a supremacia do universal, do interesse geral, da soberania do Estado. Contestar a constituição e o mesmo Estado soberano significava então destruir desde sua base a ordem civil e política, e expor-se desse modo, ao arbítrio de todos, ao incontrolado domínio dos interesses particulares, as pretensões unilaterais dos soberanos, a periódica e decomposta reprodução das vontades individuais.”⁷⁴²

A idéia de uma constituição forte, representativa do vínculo entre as forças sociais e, ao mesmo tempo, de um Estado soberano capaz de impor a supremacia do interesse geral se espalha pela Europa com a difusão da doutrina de direito público. A concepção de Estado de Direito espelha a tendência de conceber que a “constituição existe somente e exclusivamente para sustentar o Estado soberano, para organizá-lo, discipliná-lo, limitá-lo.”⁷⁴³ No mesmo passo, a democracia e o princípio da soberania popular passam a ser concebidos como questões da política,

⁷⁴⁰ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 135-136.

⁷⁴¹ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 137.

⁷⁴² FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 138.

⁷⁴³ Segundo o autor, para além de uma leitura liberal da concepção da constituição estatal encontra-se na Prússia, na segunda metade do século XIX, outra ainda mais extrema segundo a qual o Estado deveria dar conteúdo as normas que não tivessem conteúdo preciso, e, no limite, como expressou Bismarck, o Estado tinha prioridade sobre a Constituição. O Estado, em nome do interesse nacional, o Estado era retratado como a casa solidamente construída, e a constituição um luxo que nos permitimos depois de saber que a casa já existe. FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 139-140

agora resolvidas. Os direitos somente existiriam desde que sob a convalidação da lei estatal. Nenhuma soberania poderia pretender monopolizar o espaço público. Desse modo, a noção de Estado de Direito negava a origem revolucionária do direito público e manifestava-se de modo explícito contra o princípio democrático.⁷⁴⁴

Em razão do embate travado no século XIX, no juízo de Maurício Fioravanti, “no início do século XX temos na Europa distintos regimes políticos, porém nenhuma constituição democrática”. Somente na década de 1920, a constituição de Weimar voltará a ter um conteúdo político diretamente ligado à vontade constituinte do povo soberano e um conteúdo democrático.⁷⁴⁵

4.2.4 Os Horizontes do Medo: A Soberania Popular e o Estado

Enfim, no processo de dissolução das comunidades europeias em sua passagem a sociedade, o medo se tornou um elemento da reflexão filosófica e política. No fim de uma ordem social e política pensada como natural, o medo torna-se elemento não apenas psicológico, mas sócio-político. O medo da violência dos indivíduos contra os indivíduos, o medo do poder e o medo do tempo não explicam, porém, o desenvolvimento do pensamento constitucional no século XIX. De fato, as revoluções francesa e americana trouxeram para este cenário o problema do medo do poder constituinte do povo e, de modo ainda mais dramático, o medo do poder de resistência coletiva aos poderes instituídos. Com a revolução, surge uma dimensão concreta do medo na possibilidade da ação política do povo de, ao destruir o passado, destruir também as bases nascentes da sociedade burguesa.

Todavia, a questão não foi resolvida da mesma forma em todos os contextos. Dois caminhos foram seguidos no cenário europeu, o de subtrair direitos da esfera

⁷⁴⁴ Segundo Fioravanti, quem mais expressou esse ponto de vista foi George Jellinek (1851-1911): “Jellinek estabelece uma série de pontos de partida. O primeiro é a substancial equiparação de Hobbes e Rousseau. Se trata, em ambos os casos, de doutrinas políticas da soberania, que inevitavelmente tendem a legitimar poderes absolutos, privados de limites formais e substanciais. Dessa tradição política da soberania foi prisioneira a própria Revolução Francesa, por haver saído da demolição da soberania do rei gerou outra soberania igualmente absoluta, a do povo e dos seus representantes. E contra tudo isso era necessário chegar a soberania do Estado e seu direito, que consistia precisamente na negação de todo o princípio político dirigido unilateralmente a monopolizar todo o espaço público.” FIORAVANTI, Maurizio. Constitución de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 141.

⁷⁴⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Constitución de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 149.

da vontade coletiva, considerando-os como direitos naturais, o de subtrair o povo do processo de manifestação da vontade legislativa e do governo.

O segundo caminho manifestou-se pela elaboração de um sistema de representação e de sufrágio. A idéia de representação serviu para impedir uma ação direta do povo sobre o sistema de direitos. O sistema de sufrágio limitado foi sustentado quer sob o ponto de vista da autonomia econômica quer da autonomia intelectual, e no limite, combinava-se para reproduzir, na esfera política, a ideologia burguesa da distinção do trabalho manual e intelectual, entre classes dirigentes e trabalhadoras, entre aqueles capazes de representar a razão e os incluídos no reino das necessidades e da desrazão. A maquinaria eleitoral, pós-revolução foi construída para destruir as relações de domínio que partiam da noção de estamento, de hierarquias estáveis, mas, ao mesmo tempo, para reproduzir outras distinções, como as relacionadas às classes proprietárias e não proprietárias. Paradoxalmente, ao instituir canais de participação política, criou novos objetos de disputas para as gerações subseqüentes que lutaram pela universalização do voto ou pelo direito à iniciativa legislativa popular.

Na ênfase dos direitos naturais não atingidos pelo poder constituinte, o primeiro caminho enfatizou a preservação do direito de propriedade. Questão que se anunciava no período pré-revolucionário quer na defesa das formas de instituição de impostos e imposição da pena (proibição dos confiscos), mas que adquire nova dimensão com a implantação do mercado nacional, e, no caso francês, com a formação de uma nova classe de pequenos proprietários que receberam as terras tomadas do clero e da nobreza.⁷⁴⁶ Porém, foi o mesmo argumento que permitiu pensar a liberdade do ponto de vista negativo, como autonomia individual, liberdade de associação e de expressão.

De qualquer modo, emerge da Revolução francesa a imagem do povo como forma capaz de expressar, mesmo enquanto corpo coletivo, a irracionalidade. Se o discurso do direito natural e da soberania contratual localizava o medo como uma guerra de todos contra todos, o constitucionalismo do século XIX passa a temer a guerra do povo - a fórmula plebe, expressão mais concreta da multidão, que logo foi identificada na imagem das "classes perigosas" e dos grupos perigosos. A depredação da propriedade privada passa a ser retratada como uma consequência

⁷⁴⁶ JOUVENEL, Bertrand de. As Origens do Estado Moderno. Uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 146-159.

da depredação da ordem instituída e, qualquer abalo à ordem como um perigo potencial à classe de proprietários.

A revolução deixa de ser vista, como no caso inglês, como a vitória do povo que faz restabelecer a ordem, ao invés disso passa ser a própria causa da desordem. Se o discurso burguês necessitava justificar a emergência da sociedade em que a burguesia estava emancipada, voltava-se depois para o Estado como meio legítimo de contenção dos excessos. As soluções propostas eram variadas e apresentavam extremos, indo da repressão policialesca à educação.

Há, contudo, outro elemento que foi associado às classes perigosas e a desordem: a vida urbana. A passagem da vida rural a urbana, da atividade agrária a industrial será um tema constante de uma literatura que faz nascer disciplinas como a sociologia.⁷⁴⁷ A cidade no discurso grego estava diretamente relacionada ao exercício da democracia. No discurso burguês, por sua vez, num primeiro momento, ela foi associada a imagem do anonimato, da impessoalidade, em poucas palavras, da igualdade civil.⁷⁴⁸ A revolução francesa agrega um novo elemento ao discurso burguês, o da cidade como produtora da desordem, e, posteriormente, como espaço de intervenção social. O século das revoluções na França (das Comunas de Paris) foi o século das reformas urbanas e, como demonstrou Michel Foucault, do surgimento da sociedade disciplinar, preocupada em criar instituições capazes de expandir os controles sociais e individualizar os elementos da multidão. Classificar, dissecar, distribuir, enfim, estudar para controlar foi um dos lemas pós-revolucionários.⁷⁴⁹

De outra parte, a oposição entre indivíduo e coletividade, entre vontade e natureza, presente no debate sobre a estabilidade do vínculo da obrigação política, radicaliza ainda mais o problema da administração da ordem burguesa. Em sua oposição à emergência da vontade popular, ou na prevenção da vontade popular, identifica-se a imagem do Estado à Ordem, e, de forma mais específica, não apenas

⁷⁴⁷ DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

⁷⁴⁸ SENNETT, Richard. O Declínio do Homem Público: as tiranias da intimidade. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

⁷⁴⁹ O tema da criação e ampliação de domínios a partir do discurso científico foi desenvolvido por Michel Foucault em diversas obras: FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral M. Machado. Rio de Janeiro: NAU, 1999; FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso. São Paulo: Loyola, 1996; FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Trad. e org. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979; FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: história da violência nas prisões. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1991; FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

a manutenção da ordem, mas da construção da ordem burguesa, em países que ainda não haviam estabelecido um processo de unificação estatal, como Itália e Alemanha.

A separação entre política e direito tinha um alvo evidente, o poder constituinte popular e o direito de resistência, e provocou um resultado importante, a construção de uma burocracia capaz de, com sua intervenção, criar os vínculos sociais. Na solução dada pela doutrina do direito público, exército e administração surgem como forças sociais, ideologicamente autonomizadas em relação aos interesses particularistas e do povo, ou seja, aparentemente dissociada das classes dos produtores e dos proprietários, e imbuídas de uma missão, a manutenção da ordem. A prevalência da soberania do Estado significava a expansão da administração pública no cotidiano e do exército nos momentos de crise institucional.⁷⁵⁰

Nesse sentido, Michel Foucault descreveu o nascimento na passagem do século XVIII ao XIX de formas de controle social em um nível capilar, negando-se a conceber o Estado sob o rótulo da coerção para compreender essas minuciosas formas de controle que aproximam a racionalidade do mando burocrático da racionalidade da empresa capitalista. Não apenas o Estado surge composto por uma rede de instituições de disciplina, como instituições e estratégias disciplinares são criadas no seio da sociedade. O contínuo entre formas de controle social extrapolava os limites estreitos da oposição coerção e consenso. Na sociedade civil punitiva, há elementos de coerção legitimados pelo Estado, mas não necessariamente estatais, responsáveis pelo controle da dissidência, da diferença, e adaptação ao processo industrial. Ao mesmo tempo, surgia uma dimensão

⁷⁵⁰ Não por acaso, no contexto italiano, o processo de unificação levou Antonio Gramsci a retratar o Estado Burguês no século XX como uma alternância entre consenso e coerção. O consenso era produzido no seio de um bloco histórico pela ação de intelectuais e na medida em que desenvolvem relações com a administração pública, a coerção seria a alternativa presente nos momentos de crise. A revolução popular estaria fadada ao fracasso se não considerasse a presença de uma sociedade civil e do papel dos intelectuais no seio do bloco histórico. A tomada dos instrumentos de coerção pelas camadas populares seria incapaz de garantir a sua vitória, diante da expansão de novas estratégias de socialização que não se limitavam ao julgo à espada. Veja-se: COUTINHO, Carlos Nelson. As categorias de Gramsci e a realidade brasileira. In: COUTINHO, Carlos Nelson; NOGUEIRA, Marco Aurélio (orgs.). *Gramsci e a América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988; COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político*. Rio de Janeiro: Campus, 1992; GRAMSCI, Antônio. *Maquiavel, a política o estado moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; GRAMSCI, Antônio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1982. GRAMSCI, Antônio. *A questão meridional*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

institucional da noção de ideologia, nos vínculos entre o nascimento de formas de controle e saber.

A crítica de Michel Foucault atinge diretamente a identificação entre administração e ciência, melhor dizendo, a suposta neutralidade e cientificidade das disciplinas científicas burguesas construídas para a manutenção da ordem burguesa, na medida em que os burocratas representam sua ação como cientificamente fundamentada. De outra parte, sugere uma nova transformação do medo que também tem como pano de fundo não apenas as revoluções, em sentido estrito, conforme a retórica marxista, mas as revoltas coletivas e individuais que passam a se constituir em objeto das novas ciências. Essas novas formas de intervenção não apenas circunscreveram imagens do medo (da loucura, da criminalidade, da sexualidade, das massas etc), mas sua forma de ação e representação social. Em comum, o disciplinamento de seus efeitos políticos e sua transformação em patologias, movimento capaz de legitimar a intervenção estatal. O teorema daí resultante foi: as classes populares são perigosas e se necessita de intervenção social e penal, científicas, para conter os seus avanços.⁷⁵¹

Em conclusão, o poder constituinte do povo soberano no decorrer do século XIX transforma-se numa patologia, ou melhor, dizendo em patologias que devem ser investigadas e disciplinadas. A novidade é que o medo não é mais um elemento justificador de um momento fundador do Estado, mas aquilo que acompanha a ação científica do Estado administração. Porém, há evidente continuidade entre o debate sobre a soberania popular e sobre a patologia das massas. A ideologia se articula em graus de abstração, não é uma totalidade organizada em termos de conteúdo, mas da problemática manutenção da ordem burguesa.⁷⁵² Logo, o medo político do poder constituinte do povo nutre-se também do medo científico das patologias sociais. O medo conservador da restauração converte-se e cria autonomia como ciência do controle dos medos, ou melhor, ciências cujos fundamentos são o medo. Neste contexto, o discurso científico sobre a raça surge como forma de justificar as instituições jurídico-políticas e como técnica de intervenção social.

⁷⁵¹ Veja-se, em especial: FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral M. Machado. Rio de Janeiro: NAU, 1999; FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: história da violência nas prisões. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1991.

⁷⁵² Sobre o conceito de ideologia: ALTHUSSER, Louis. Aparelhos Ideológicos de Estado. Nota Sobre os Aparelhos Ideológicos de Estado. Rio de Janeiro: Graal, 1985; CHAUI, Marilena. O que é ideologia?. São Paulo: Brasiliense, 1981; WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Por fim, como se sabe, no século XIX, ocorre um lento processo de diferenciação do jurídico e do político. Ele é acompanhado pela busca de estatuto de cientificidade para o direito. A construção do campo jurídico, como definiu Pierre Bordieu, servia a um disciplinamento das práticas políticas populares.⁷⁵³ O direito deixava de ser pensado como um problema da sociedade, quer em decorrência da criação de novas formas de regulação de conflitos quer porque as regras não necessitavam resultar de práticas populares, ainda que devessem enfrentar o julgamento da efetividade diante da resistência dos grupos populares. O campo jurídico do moderno direito liberal permitiu circunscrever de modo crescente as influências, do povo sobre o direito, identificadas por Marat.

No século XIX, o constitucionalismo viu nascer não apenas a Nação, mas a sua transformação em nacionalismo. Assistiu, como em Hegel, a um apelo crescente a idéia de forças exteriores ao direito, responsáveis por determinar as suas funções, a sua medida. E, mais, um apelo a uma ordem natural que o direito deveria respeitar. O direito encontraria sua forma e seu conteúdo no social, quase sempre expressado nos sentidos atribuídos a idéia de Nação. Em certa medida, trata-se do apelo a uma “constituição natural” em oposição ao caráter artificial da “constituição do povo soberano”, entre as quais transita a idéia de uma constituição decorrente da participação popular.

Para compreender essa tensão é preciso recorrer, como faz Marilena Chauí, as compreensões dadas às noções de povo e cultura popular na Ilustração e no Romantismo.

No contexto da Ilustração, haverá a retomada da distinção romana entre povo e plebe, ou a representação da “dualidade Povo-povinho”. “Há, pois, o Povo como generalidade política e o povo como particularidade social, os “pobres””. Assim, de um lado estará “o Povo como vontade universal e legislador soberano, unidade jurídica dos cidadãos definidos pela lei”, e de outro, “o povinho ou populacho, ignorante, supersticioso, irracional e sobretudo sedicioso – a massa perigosa”.⁷⁵⁴

Os ilustrados opõem à tirania a vontade popular e ao povo, a razão:

⁷⁵³ A construção do campo jurídico, como definiu Pierre Bordieu, servia a um disciplinamento das práticas políticas populares. BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989, p. 209-254.

⁷⁵⁴ CHAUÍ, Marilena. Conformismo e resistência: aspectos da cultura popular no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1986, p 16-17.

“Ao Povo, portador da Razão, cabe a tarefa política fundadora. Quanto ao povinho e suas ‘necessidades básicas’, cabe auxiliá-lo através da filantropia e educá-lo através da disciplina do trabalho industrial, educação essencial para conter as paixões obscuras, sua irracionalidade e sobretudo sua inveja, que se exprime no desejo sedicioso do igualitarismo.”⁷⁵⁵

Os românticos propõem contra “o racionalismo e o utilitarismo” o “popular na cultura” identificado com “afirmação da alma popular, do sentimento popular, da imaginação, simplicidade e pureza populares”, da cultura popular como sinônimo de primitivismo, comunitarismo e purismo.⁷⁵⁶

“O povo romântico (...) nasce de motivos estéticos, intelectuais e políticos. Esteticamente, é a resposta do Romantismo ao Classicismo, a revolta da Natureza contra a ‘arte’. Intelectualmente, é a resposta dos sentimentos contra o racionalismo Ilustrado, a revolta da tradição contra o progresso das Luzes, do sobrenatural e do maravilhoso, contra o ‘desencantamento do mundo’. Politicamente, é a reação contra o império napoleônico, a afirmação da identidade nacional contra o invasor estrangeiro: a cultura popular ou o popular na cultura torna-se alicerce dos nacionalismos emergentes.”⁷⁵⁷

Entretanto, essa tensão entre “povos”, Povo-cidadão / Povo-plebe, de um lado, e Povo-tradição, de outro, se dissolve na articulação da história. O povo plebe é confinado ao passado, ou melhor, é retirado da sua condição de sujeito de sua história (do presente e do futuro), por sua vez, o Povo-cidadão dá forma a ação presente e futura. Como afirma Marilena Chauí:

“Afirmando a bondade natural e pureza sentimental do povo anônimo e orgânico, o Romantismo localiza a Cultura Popular: é guardiã da tradição, isto é, do passado. Paradoxalmente, porém, essa localização abre uma brecha para a perspectiva Ilustrada. De fato, esta revela pouco ou nenhum interesse pelo passado (momento da selvageria, da ignorância, da irracionalidade e da barbárie), pois seu tempo próprio é o presente racional e o futuro progressivo (momento das Luzes, da Razão na história, do cumprimento da civilização). Essa divisão dos tempos permite

⁷⁵⁵ CHAUÍ, Marilena. Conformismo e resistência: aspectos da cultura popular no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 17.

⁷⁵⁶ CHAUÍ, Marilena. Conformismo e resistência: aspectos da cultura popular no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 17-19.

⁷⁵⁷ CHAUÍ, Marilena. Conformismo e resistência: aspectos da cultura popular no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 19.

curiosa temporalidade, reunião do tempo Romântico e do tempo Ilustrado numa história única, homogênea e continua na qual o passado (bom, para o Romântico; mau, para o Ilustrado) é o tempo do povo e do popular, enquanto o presente e o futuro (maus, para o Romântico; bons para o Ilustrado) são o tempo do não popular, identificado com a Razão.”⁷⁵⁸

A percepção ilustrada da cidadania, para qual a capacidade de participação depende de uma qualificação própria de alguns, pode conviver com a tradição que faz referência a todos, pois esta indica uma atitude de antiquarista ou um apelo retórico sobre as instituições naturais do povo que são, de fato, moldadas pelas forças da Razão. Quando o povo se transforma em tradição, essa operação representa, na prática, adotar a forma de objeto, não de sujeito. Por sua vez, como se disse no primeiro capítulo, a tentativa de encarnar o povo, a comunidade “natural”, convive com um desprezo pelas formas procedimentais e converge para opções totalitárias nas quais o “nós” do povo é identificado pelo “eu” do ditador ou do Estado. Nesse sentido, a leitura da ordem constitucional da cultura e da nomeação de sujeitos que ali se encontra contra a qual este texto se insurge é precisamente esta em que a tradição é remetida a um momento fundacional e, com relação ao qual, a constituição somente pode render homenagens de antiquarista com o emprego de verbos como preservar, guardar, arquivar etc, e também a que se propõe a utilizar a diversidade como retórica para negar a participação na forma constitucional no presente e no futuro de identidades que ali estão referidas.

Os limites do argumento sobre a comunidade do povo (seu espírito, sua essência) ficam ainda mais evidentes quando se compara a diferença entre a constituição dos antigos e a dos modernos, muito embora a idéia de comunidade do gregos tenha sido aquilo que, apenas na aparência, se pretende resgatar quando se projeta o tema da identidade nacional.

Conforme Maurício Fioravanti, a distinção entre os antigos e o modernos estabeleceu-se no seguinte ponto de partida. Para os modernos, a idéia de formas de governo resolve-se na técnica de atribuição de competências, fundada no pressuposto de que a questão do governo se esgota no plano das relações entre os poderes públicos, “considerados como elementos distintos e separados das forças sociais, dos conflitos e dos equilíbrios sociais”. Por sua vez, para os antigos, o

⁷⁵⁸ CHAUÍ, Marilena. Conformismo e resistência: aspectos da cultura popular no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 20.

debate sobre as formas de governo expressa a necessidade de unidade e de equilíbrio relacionada indissolúvelmente à sociedade e aos seus poderes públicos. Inexistia aqui, portanto, a idéia de soberania ou de Estado, referindo-se tão somente a “um sistema de organização e de controle dos diversos componentes da sociedade historicamente determinada, construído para dar eficácia às ações coletivas e para consentir, desse modo, num reconhecimento pacífico do pertencimento político comum”.⁷⁵⁹

O pensamento grego nascera no período de decadência da democracia ateniense e estava preocupado em relançar um ideal coletivo, identificada com a igualdade entre os cidadãos no direito ao voto e palavra nas assembléias, acesso a cargos públicos, e caráter transitório do governo. E, por isso, a democracia antiga era identificada com a isonomia, ou seja, numa ordem política fundada no princípio da igualdade (entre os iguais).⁷⁶⁰ Tal ideal coletivo tinha a finalidade de superar as divisões sociais. Nesse momento, conforme Maurício Fioravanti, o temor que prevalece é o da stásis, conceito fundamental, que: “indica uma condição dentro da qual o conflito social e político, animado por um crescente espírito de facção, cada vez mais unido a luta entre pobres e ricos, tende a assumir características radicais, que tornam impossível sua solução dentro das estruturas políticas existentes e conhecidas.”⁷⁶¹ A stásis era oposta a eunomia, a boa ordem da coletividade, expressando “o ideal de uma resolução pacífica dos conflitos, da convivência ordenada e duradoura, e, portanto, da busca de uma forma de governo adequada a essa finalidade”.⁷⁶²

Em outras palavras, para os modernos a constituição é o construído, o acordado, é o político, para os antigos a constituição era o dado, o social-político. Para os modernos, o ponto de partida será, quase sempre, o indivíduo, para os antigos a polis, a comunidade. Para os antigos a constituição é o dado, o social que alcança superar as facções, para os modernos a constituição é o constructo da vontade, capaz de superar o estado de conflito entre indivíduos.

⁷⁵⁹ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 16-17.

⁷⁶⁰ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 18.

⁷⁶¹ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 16.

⁷⁶² FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion de la Antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 16.

Quando os modernos passam a tratar de formas coletivas de vida, sobretudo a partir do século XIX, opondo o coletivo ao indivíduo, terão diante si uma realidade bem distinta, em que a dicotomia (político e social) já estava estabelecida. De outra parte, os antigos podiam falar em nome de um conflito, mas partiam de um lugar de estabilidade e permanência, sobretudo na esfera da cultura. Os modernos, ao contrário, pensam o conflito como algo que inerente ao social, pois a diversidade, a fragmentação e a complexidade de valores decorriam do fato de a liberdade de pensamento ter sido transformada em prática cotidiana, comportamento comum, o que não deixava espaço para a visão de uma unidade já existente. Enfim, a ordem natural dos antigos se opõe a ordem como produto ideológico dos modernos, estratégia de hegemonia cultural e arquitetura institucional.

Em outras palavras, o apelo à visão da sociedade como uma totalidade integrada para os modernos é mais um ato político do que uma constatação empírica.⁷⁶³ Muito embora fizessem uso da retórica sobre mundos naturais, extraídos da comparação da física ou da biologia, a ordem que se opõe ao medo é uma ordem reflexiva, a idéia de ordem que se pretende impor. Isso porque a comunidade dos antigos já era uma miragem quando os modernos pretendem encontrá-la na idéia de nação. O fato de que a idéia de nação pudesse ser objeto de um discurso científico, da história por exemplo, já era a identificação da força corrosiva da modernidade sobre os vínculos sociais. A imagem da sociedade ordenada adquire o sentido de utopia, de projeto e, para produzir efeitos, deve ser uma ideologia. A idéia de nação neste contexto é mais a construção de um espaço que legitima um poder de definição, o espaço dos intelectuais, como se disse, os construtores da ilusão de unidade.

4.3 AS REPÚBLICAS DE NEGROS E SELVAGENS: SAINT DOMINGUES E O TERROR REVOLUCIONÁRIO

A Era das Revoluções provocou incertezas. Época da disputa pelo monopólio do direito como instrumento de coerção, da separação entre direito e vontade popular, da oposição do constitucionalismo à democracia, e, por fim, de

⁷⁶³ Este o sentido da afirmação de Carl Schmitt de que a política depende da demarcação da relação amigo-inimigo. SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Trad. Alvaro L.M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

instrumentalização do Estado para o controle das classes perigosas. Porém, não apenas isso. Ela foi de igual modo a era dos movimentos de independência nas américas, um período de longas revoltas internas de povos nativos e escravos, e movimentos populares que terminou com o estabelecimento de uma nova fase do colonialismo, com a decadência dos impérios ibéricos e a liderança da Inglaterra.

Na Modernidade, com a Conquista das Américas, “os homens decobriram a totalidade de que fazem parte. Até então, formavam uma parte sem o todo”.⁷⁶⁴ Na Era das Revoluções, o homem europeu se defrontou com uma paisagem rebelde que insistia em se integrar a uma história comum, desde que na qualidade de sujeito. Esses dois momentos são marcos temporais da percepção de que a Modernidade era um momento único da experiência ocidental.

De todas as transformações produzidas na expansão do capitalismo nenhuma foi tão paradoxal quanto aquela gerada na Era das revoluções quando o Iluminismo se converteu em prática política dos “povos do resto do mundo”, ou seja, quando a liberdade e a igualdade passaram a ser palavras de ordem fora da Europa. A experiência americana da independência foi de todo inesperada, pois a construção de uma cultura de massa, desencantada, fazia com que os americanos se distanciassem e se aproximassem do mundo europeu. Muito embora o sentimento de fidelidade dos colonos à metrópole ainda se fizesse presente, como se disse, assumiam um novo lugar na dianteira das transformações modernas, na medida em que interpretavam o lugar de uma tradição constitucional numa sociedade em que a igualdade de renda e de propriedade não se davam nos mesmos padrões da sociedade de origem. Porém, mantiveram o paradoxo da retórica igualitária e libertária européia que convivia com a escravidão.

Foi a Revolução de 1791, na parte francesa da ilha de São Domingos, no curso dos acontecimentos da Revolução Francesa que deu novo sentido a idéia de uma história universal, pois colocou em cheque a estrutura do pacto colonial e a identidade entre princípios e realidade. O Haiti não foi, como se verá, a única revolta de escravos, mas deu densidade política ao medo contido na relação de violência entre senhores e escravos e, mais precisamente, aos escravos modernos identificados como a diferença coletiva irreduzível, a origem negra e indígena. Mais ainda, questionou o silêncio iluminista sobre a escravidão real, o escravismo nas

⁷⁶⁴ TODOROV, Tzvetan. A Conquista da América. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 7.

Américas e na África, e fez do uso da liberdade contra essa opressão o nascimento da igualdade racial.

4.3.1 A Insurgência Escrava na Era das Revoluções

O modo mais comum de compreender o uso do ideário revolucionário fora da Europa é interpretar o fluxo de idéias a partir da mesma lógica do fluxo de capitais ou de mercadorias, ou seja, pela chegada de novas formas de compreensão do mundo gestadas fora e aplicadas internamente.⁷⁶⁵ Emília Viotti da Costa, por exemplo, afirma sobre as idéias do iluminismo no Brasil que:

“A crítica das instituições políticas e religiosas, as novas doutrinas sobre o contrato social, a crença na existência de direitos naturais do homem, as novas teses sobre as vantagens das formas representativas de governo, as idéias sobre a soberania da nação e a supremacia das leis, os princípios da igualdade de todos perante a lei, a valorização da liberdade em todas as suas manifestações – característicos do novo ideário burguês – faziam parte de um amplo movimento que contestava as formas tradicionais de poder e de organização social. O novo instrumental crítico elaborado na Europa na fase que culminou na Revolução Francesa iria fornecer os argumentos teóricos de que necessitavam as “populações coloniais para justificar sua rebeldia.”⁷⁶⁶

Entretanto, o primeiro paradoxo desse uso feito pelos povos “do resto do mundo” era o silêncio das “idéias” diante da realidade. A propósito escreve Susan Buck-Morss:

⁷⁶⁵ Sobre o processo de recepção das idéias veja-se: DUARTE, Evandro C. Piza. Criminologia & Racismo. Introdução à Criminologia Brasileira. Curitiba: Juruá, 2002. p. 187. LAMOUNIER, Bolívar. Formação de um pensamento político autoritário na Primeira República: uma interpretação. In: LAMOUNIER, Bolívar. História Geral da Civilização Brasileira. Sociedade e Instituições. [s.l.]: [s.n.], [1995?]. p.345-373.

⁷⁶⁶ “Os fundamentos do sistema colonial tradicional estavam portanto abalados por vários tipos de pressão. No âmbito internacional, as bases da aliança burguesia comercial-Coroa, que havia dado origem ao sistema colonial tradicional, estavam minadas: de um lado, pela emergência de novos grupos burgueses relacionados com o advento do capitalismo industrial e, de outro, pela perda da funcionalidade do Estado absolutista e pelo desenvolvimento de um instrumental crítico que procurava destruir suas bases teóricas. No âmbito das colônias, o aumento da população, o incremento da produção, a ampliação do mercado interno tinham tornado cada vez mais penosas as restrições impostas pela metrópole, tanto mais que cresciam as possibilidades de participação no mercado internacional.” COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos. São Paulo: UNESP, 1999, p. 22.

“Por volta do século XVIII, a escravidão havia se tornado a metáfora-raiz (the root metaphor), a metáfora central, da filosofia política ocidental, a conotar todo o mal atinente às relações de poder. A liberdade, sua antítese conceitual, fora considerada pelos filósofos iluministas o mais elevado e universal valor político. No entanto, é precisamente no momento em que essa metáfora política começa a lançar suas raízes que a prática da escravidão – da escravização capitalista dos não europeus, altamente sofisticada e sistemática, como força de trabalho para as colônias - passa tanto a se incrementar em termos quantitativos quanto a se intensificar qualitativamente até ao ponto que, em meados do século XVIII, avaliza, financia (underwrite), todo o sistema econômico ocidental, a facilitar, de modo paradoxal, a difusão global dos próprios ideais iluministas com ela em fundamental contradição.

Esta flagrante discrepância entre teoria e prática marcou o período da transformação da forma do capitalismo global de mercantil para protoindustrial. Seria, a princípio, de se acreditar que, por certo, nenhum pensador “iluminista”, “esclarecido”, poderia deixar de notá-la. Contudo, não foi o que se deu. A exploração de milhões de trabalhadores escravos foi aceita como parte do mundo-dado pelos próprios pensadores que proclamavam a liberdade como direito inalienável inerente ao estado natural do homem. Mesmo quando as pretensões teóricas de liberdade foram transformadas em ação revolucionária no cenário político, continuou a ser possível para a economia colonial regida pela escravidão, que funcionava por trás da cena, manter-se na obscuridade.

Se este paradoxo não parece ter perturbado a consciência lógica dos contemporâneos, mais surpreendente ainda talvez seja que os autores de hoje, conquanto tenham pleno conhecimento dos fatos, continuem capazes de construir histórias ocidentais como narrativas coerentes da liberdade humana.”⁷⁶⁷

Este fato se reveste de maior importância quando se constata que mesmo antes da Revolução Francesa, a insurgência dos povos da Diáspora Africana e dos povos originários das Américas não era incomum. A importância desses movimentos, quer tenham ou não sido vitoriosos, pode ser comprovada pela eclosão da Revolução Haitiana, no curso da Revolução Francesa, seguida por um gradativo processo de abolição da escravidão, conforme demonstra a cronologia dos acordos

⁷⁶⁷ BUCK-MORSS. Hegel, o Haiti e a História Universal. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, p. 8.

internacionais para decretação de seu término e das declarações de abolição, e da formulação de um pacote inglês de leis de abolição gradual utilizado em estados americanos e diversos países latino-americanos, assim como o Brasil.^{768 769 770}

⁷⁶⁸ SCHMIDT, Nelly. *Contra a Escravidão; Relatos Inacabados*. In: UNESCO/STENOU, Katerina (editora). *Lutas contra a Escravidão; Ano Internacional de luta contra a escravidão e de sua abolição* - 2004. Paris: UNESCO, 2004, p. 48. Disponível em: <http://www.unesco.org/culture>. "1791 - agosto Rebelión de los esclavos de la parte francesa de la isla de Santo Domingo (actual Haití). 1793 Abolición de la esclavitud en la parte francesa de la isla de Santo Domingo (actual Haití). 1794 - 4 de febrero Promulgación del decreto de la Convención del 16 pluvioso del Año II de La República Francesa por el que se abolía la esclavitud. 1802 - 20 de mayo Promulgación de la ley del 30 floreal del Año X de la República Francesa por la que se "mantenía" - en realidad, se restauraba - la esclavitud en las colonias ultramarinas francesas con arreglo a la legislación anterior a 1789. 1803 Dinamarca prohíbe la trata negrera 1807 La Gran Bretaña prohíbe la trata negrera, así como la importación de cautivos y esclavos por parte de los Estados Unidos de América. 1814 Los Países Bajos prohíben la trata negrera. 1815 - febrero Las potencias europeas (Austria, Francia, Gran Bretaña, Portugal Prusia, Rusia y Suecia) se comprometen a prohibir la trata negrera en el Congreso de Viena. El 29 de marzo, Napoleón I promulga un decreto de abolición de la trata negrera durante los "Cien Días" que duró la efímera restauración del Imperio Francés. 1818 - 15 de abril Promulgación en Francia de la primera ley de prohibición de la trata negrera. 1821 Fundación en París de la *Sociedad de la Moral Cristiana*, seguida un año más tarde por la creación de su *Comité para la abolición de la trata y la esclavitud*. 1822 Abolición de la esclavitud en Santo Domingo. 1823 Abolición de la esclavitud en Chile. 1826 Abolición de la esclavitud en Bolivia. 1827 - 25 de abril Promulgación en Francia de la segunda ley de prohibición de la trata negrera. 1829 Abolición de la esclavitud en México. 1831 - 22 de febrero Promulgación en Francia de la tercera ley de prohibición de la trata negrera. 1833 - 1838 Abolición de la esclavitud en colonias británicas de las Indias Occidentales, Guyana y Mauricio. 1834 Fundación en París de la *Sociedad Francesa para la Abolición de La Esclavitud*. 1839 Fundación en Londres de la *Sociedad Antiesclavista Británica y Extranjera* que empieza a publicar el boletín *Anti-Slavery Reporter*. Esta sociedad prosigue todavía sus actividades con el nombre de *Anti-Slavery International* y sigue publicando su boletín. 1846 - 1848 Abolición de la esclavitud en las colonias danesas de las Islas Vírgenes. 1846 Abolición de la esclavitud en Túnez. 1847 Abolición de la esclavitud en la colonia sueca de San Bartolomé. 1848 Abolición de la esclavitud en las colonias francesas. 1851 Abolición de la esclavitud en Colombia. 1852 - febrero Promulgación en Francia de los primeros decretos relativos a la contrata de trabajadores libres en África y la India con destino a las colonias del Caribe. 1853 Abolición de la esclavitud en Argentina. 1854 Abolición de la esclavitud en Venezuela. 1855 Abolición de la esclavitud en Perú. 1863 Abolición de la esclavitud en las colonias holandesas del Caribe y de Insulindia. 1863 - 1865 Abolición de la esclavitud en los Estados Unidos de América. 1866 Promulgación en España de un decreto por el que se abolía la trata negrera. 1873 Abolición de la esclavitud en la colonia española de Puerto Rico. 1876 Abolición de la esclavitud en Turquía. 1885 Adopción en la Conferencia de Berlín de medidas para reprimir la práctica de La esclavitud en África. 1880 - 1886 Abolición progresiva de la esclavitud en la colonia española de Cuba. 1888 Abolición de la esclavitud en Brasil."

⁷⁶⁹ SCHMIDT, Nelly. *Contra a Escravidão; Relatos Inacabados*. In: UNESCO/STENOU, Katerina (editora). *Lutas contra a Escravidão; Ano Internacional de luta contra a escravidão e de sua abolição* - 2004. Paris: UNESCO, 2004, p. 48. Disponível em: <http://www.unesco.org/culture>. O quadro apresentado continua com os seguintes dados: "Cronología de las aboliciones de la esclavitud. 1890 Celebración de la Conferencia de Bruselas sobre la esclavitud en África. 1896 Abolición de la esclavitud en Madagascar. 1924 - junio Creación de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud por el Consejo de La Sociedad de Naciones (SDN). 1926 - 26 de septiembre Aprobación de la *Convención relativa a la esclavitud* por la SDN. 1930 *Convenio sobre el trabajo forzoso* de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT). 1948 Aprobación de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* por La Organización de las Naciones Unidas. 1949 - diciembre Aprobación del *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena* por la Organización de las Naciones Unidas. 1956 - septiembre Aprobación de la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* por la Organización de las Naciones Unidas. 1957 *Convenio sobre la*

Os sentidos da liberdade na Revolução Francesa e na Independência Americana (e depois na Revolução Russa), assim como da Revolução Haitiana inscreveram-se numa história mundial. Se as transformações do período redefiniram as formas de organização política, econômica, social e cultural, não foi mero acaso, pois elas carregaram em seu discurso o ideal de generalização. Ao mesmo tempo, elas foram retratadas como modelos estratégicos de ação em contextos locais.

Como tais estratégias foram vividas por personagens que estavam fora da França ou dos EUA? O que elas representaram para aqueles que também eram oprimidos pela estrutura transatlântica do Estado Absolutista? De que modo as revoltas transatlânticas afetaram as mudanças nos rumos das revoluções na Europa e nos EUA? Como tais revoltas fizeram parte da consciência dos atores e autores que pensaram a liberdade durante e após as grandes revoluções? Há, sem dúvida, dificuldade em se recuperar o sentido da ação social no passado. Os registros sobre como tais atores históricos perceberam o seu presente são, no mais das vezes, esparsos e pontuais. E, sobretudo, dependem do próprio desenvolvimento de determinadas formas de comunicação, como a escrita. Um passo importante é necessário, o de reconsiderar a dicotomia revolução/rebelião, herdeira da reflexão sobre os movimentos revolucionários europeus e americanos, e que parte da identificação dos caracteres de generalização da ação e consciência dos objetivos.

A reação a revolução francesa foi a responsável por trazer para o debate sobre as mudanças políticas, o tema da consciência da ação. Ela situou inicialmente

abolición del trabajo forzoso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). 1974 Creación del *Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud* en el seno de la *Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. 1980 Abolición de la esclavitud en Mauritania. 1989 – noviembre Aprobación de la *Convención sobre los Derechos del Niño* por la Organización de las Naciones Unidas. 2000 – noviembre Entrada en vigor del *Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2000 - diciembre Prohibición de la esclavitud, el trabajo forzado y la trata de seres humanos en La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. 2001 – mayo Promulgación en Francia de una ley en la que se reconoce que 'la trata negrera y la esclavitud practicadas desde el siglo XV al XIX constituyeron un crimen contra la humanidad'. 2001 – septiembre Reconocimiento de la índole de "crimen de lesa humanidad" de la esclavitud y la trata negrera por la *Conferencia Mundial de las Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, celebrada en Durban (Sudáfrica)."

⁷⁷⁰ A interpretação proposta por Susan Buck-Morrs, fundada nas contradições geradas pela Revolução Haitiana se opõe a aparente congruência automática entre processo econômico e abolição da escravidão e, em especial, ao argumento de que inspiração de caráter marxista, segundo o qual: "Na Inglaterra, onde essa revolução se processou mais precocemente que em outros países, o movimento antiescravista ganhou importância. Ao lado dos quakers que combatiam o tráfico desde o século XVIII, alinharam-se os representantes dos novos grupos capitalistas e industriais, não vinculados ao sistema escravista e interessados na sua supressão." COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. São Paulo: UNESP, 1999. p. 31.

o lugar onde a razão se encontrava ou se distanciava da política, ou, em outras palavras, quando a ação política deveria ser interpretada como a realização da liberdade ou a concretização do terror e do medo. A construção discursiva da história a partir da noção de um tempo progressivo, já considerada anteriormente, foi o outro elemento decisivo para convalidar essa dicotomia, pois ao se projetar uma imagem do destino final da história, pode situar como os integrantes do passado se aproximavam ou se distanciavam desse ideal. A consciência da história, foi, antes de mais nada, ou utópica ou uma criação sobre as ruínas do passado, e, quase sempre, a reunião de ambos esses aspectos. Logo, o julgamento de nossos contemporâneos sobre os movimentos populares, presente na dicotomia revolução rebelião, está marcado por um preconceito político do presente sobre o passado.⁷⁷¹

Para dar a dimensão da Revolução do Haiti, convém refletir a partir de um problema concreto para se entender o que estava em jogo naquele momento: Qual a consciência histórica de um grupo de escravos que matando os capatez, mantém o senhor em cárcere privado em sua fazenda, para dele exigir que concorde com a manutenção de direitos como dias de folga, terra para produção de alimentos para consumo próprio e moderação nos castigos?

Fatos como esse estão inseridos, em primeiro lugar, num quadro mais amplo das formas de rebeldia escrava, que não se deram sob uma única estratégia. Elas variaram, conforme a organização do trabalho compulsório, o processo de expansão e consolidação do domínio burocrático e estatal, as mudanças nos modos de produção e as estratégias políticas de reação diante da própria rebeldia escrava.⁷⁷²

⁷⁷¹ A idéia de compreender tais movimentos pelas consequências que provocaram sugere uma visão mais objetiva do passado. Ainda assim, restam as advertências da hermenêutica de Gadamer de que somente podemos conhecer as consequências do passado quando interpretamos em nosso presente, porém, não podemos incluir as consequências futuras do passado. Não bastasse isso, o fato é que a expressão consequências, além de pressupor uma relação arbitrária entre duas situações, pressupõe conhecer as opções que os mortos tiveram ao formularem escolhas ou saber se havia, de fato, escolhas a serem feitas. A complexidade de acontecimentos neste contexto também sugere, outros desafios, principalmente o da possibilidade de exclusão de algum deles como irrelevante.

⁷⁷² Em outra ocasião sobre o tema afirmamos: "Portanto, a formação do controle social no Brasil não pode ser vista do ponto de vista puramente econômico ou das tarefas a serem cumpridas para a implantação da monocultura de exportação, formação que domina a vida econômica desse período; deve incluir a perspectiva político estratégica das formas de controle social em face ao comportamento das populações que estavam sendo submetidas. Em segundo lugar, deve fugir à tentativa de caracterização do controle social a partir das abstrações jurídicas que não percebem as diferenças entre a descrição normativa e a implantação efetiva dos modelos de controle. Em terceiro lugar, qualquer descrição desse tipo deve levar em conta que, apesar da estilização que se empreenda da realidade em determinado momento, estar-se-á, na prática, diante de um movimento

De qualquer forma, elas representaram um dinamização do sistema escravista que não era estático em seus elementos constitutivos, como pretendeu ver uma historiografia fundada na percepção da inferioridade do negro⁷⁷³ ou da sua “coisidade” e que desconsiderou as relações de poder no processo de coisificação e a recomposição dos complexos culturais afro-brasileiros.

Para Clóvis Moura houve duas formas básicas de resistência dos escravos. As formas passivas, tais como o suicídio, a depressão psicológica (banzo), o assassinio dos próprios filhos ou de outros elementos escravos, a fuga coletiva e a organização de quilombos longe das cidades. As formas ativas, a exemplo das revoltas citadinas pela tomada de poder político, das guerrilhas nas matas e estradas, da participação em movimentos de não escravos, da resistência armada dos quilombos às invasões repressoras e da violência pessoal ou coletiva contra os senhores ou feitores.^{774 775}

Segundo Jacob Gorender, “A negação da opressão veio dos quilombos, que o fizeram com audácia expressa, mas também veio daqueles que não tiveram alternativa senão a de se adaptar ao trabalho sob a ameaça constante do relho.”⁷⁷⁶

continuo do real em seu processo de ruptura e transformação.” DUARTE, Evandro C. Piza. Criminologia & Racismo. Introdução à Criminologia Brasileira. Curitiba: Juruá, 2002.

⁷⁷³ Conforme Clóvis Moura: “Mas esta estrutura não é estática. Ela se dinamiza nos seus diversos níveis, sem o que não haveria mudança. Na sociedade escravista o escravo, pela sua posição no espaço social, para dinamizá-la tem que negá-la, já que não lhe oferecem possibilidades de ascensão capaz de modificá-la. Esta necessidade é que leva o escravo a se organizar em movimentos ou grupos de negação do sistema. Até que ponto isso decorre de uma posição conscientemente ideológica, ou é uma motivação espontânea, nascida da sua própria posição objetiva no processo de produção, já é outro problema.” MOURA, Clóvis. Os Quilombos e a Rebelião Negra. São Paulo: Brasiliense, 1981. p. 11.

⁷⁷⁴ MOURA, Clóvis. Rebeliões da senzala. São Paulo: Ciências Humanas, 1981. p. 251.

⁷⁷⁵ Já em 1741, o Alvará de 03 de março determinava os métodos de repressão a serem aplicados aos quilombolas: “Eu, El Rei faço saber aos que este Alvará em forma de Lei virem, que, sendo-me presentes os insultos, que no Brasil cometem os escravos fugidos, a que vulgarmente chamam Calhombolas, passando a fazer o excesso de se juntarem em Quilombos, e sendo preciso acudir com remédios, que evitem esta desordem: Hei por bem, que a todos os negros, que forem achados em Quilombos, estando neles voluntariamente, se lhes ponha com fogo uma marca em uma espádua com a letra F, que para este feito haverá nas Câmaras; e se, quando se for executar esta pena, já for achado com a mesma marca, se lhe cortará uma orelha, tudo por simples mandado Juiz de Fora, ou Ordinário da Terra, ou do Ouvidor da Comarca, sem processo algum, e só pela notoriedade do fato, logo que do Quilombo for trazido, antes de entrar para a cadeia (...) Dado em Lisboa Ocidental a 3 de Março de 1741. REI.”(Fonte: Alvará em que se determinou que os negros que se achassem em quilombos se marcassem com fogo em uma espádua (03.03.1741). In: Coleção Cronológica de leis extravagantes, posteriores à nova compilação das Ordenações do Reino. Coimbra, Na Real Imprensa da Universidade, 1891, Tomo II de Leis, Alvarás, etc., pp. 476-477). NEVES, Maria de Fátima Rodrigues das. Documentos Sobre Escravidão no Brasil. São Paulo: Contexto, 2001, p. 121.

⁷⁷⁶ A repressão aos Quilombos nada tinha de “branda” e incluía a execução sumária, como exemplifica seguinte documento: “Para o Capitão Governador e Comandante das Tropas Expedidas ao Campo Grande de, Antônio João de Oliveira. A grande consternação em que os negros

A principal forma de resistência no cotidiano foi a “resistência ao trabalho”, pois para a maioria dos escravos era obrigatório ser mau trabalhador para não ser bom escravo. Diante da impossibilidade de se constringer todos a um só tempo, estabeleceu-se um “limite de tolerância” entre estes e os senhores e seus feitores. Tal limite, porém, era invariavelmente quebrado quando havia necessidade de se aumentar a produção. Então, “crescia a resistência dos escravos, e, em revide, aumentavam a vigilância e a violência dos supervisores do trabalho.” Logo, “o custo de vigilância se convertia em limite imposto pelos escravos à rentabilidade do modo de produção escravista colonial, nisto se manifestando sua influência como atores históricos.”⁷⁷⁷

Essas manifestações de resistência determinaram que as unidades produtivas fossem organizadas com mecanismo de disciplinamento da força de trabalho, tais como a religião, que servia, sobretudo, para justificar os constantes acidentes que decorriam de outra forma de disciplinamento, a expropriação do saber sobre o trabalho. A tendência era tornar o trabalho uma atividade rotineira, composto de tarefas simples e repetitivas, garantindo que o controle técnico do processo de trabalho e da produtividade não fosse ditada pelos trabalhadores.⁷⁷⁸

aquilombados no Campo Grande têm posto estas duas comarcas, e o grande número que novamente concorre para os mesmos quilombos, tem feito precisa a providência tomada de extinguir os ditos quilombos, foi a pessoa de Vosmecê, por mim eleita, entre tantos oficiais capazes, para Comandante desta expedição; e eu, certo do seu grande valor, zelo no serviço de Sua Majestade, e do conhecimento e experiência que tem em fazer a guerra a estes bárbaros matadores, adquirida nos antecedentes anos à custa da sua fazenda, e do seu sangue. (...) Mandei três oficiais de guerra às freguesias dos Carijós, Congonhas, Ouro Branco e Prados, para que delas tirassem e pusessem em marcha duzentos homens armados; e o Capitão-mor da vila de São João Del-Rei, ordenei tirasse daquela vila e suas vizinhanças 60 homens armados que acompanhassem outros 60 que o Capitão da Costa Chaves tem incumbência de apontar (...) Se os negros, como entendemos pelo que estão fortificados – se defenderem, estou certo, se lhes fará fogo de mosquetaria, e de granadas (...) se se defenderem se não perdoará algum, porém advirto que rendidos não consentirá Vosmecê mandando-os matar se se resistirem, e prendendo se se renderem, livrando sempre o grande número que se diz tem de crianças por qualquer forma que sejam presos, Vosmecê os mandará tratar, fazendo-os remeter a esta vila ao Dr. Ouvidor Geral para proceder com eles na forma do meu bando, tudo com clareza e pela sua mão me irá dando conta do que foi obrando (...) Em tudo espero Vosmecê obre enchendo o grande conceito que faço da pessoa de Vosmecê, do seu grande zelo e capacidade, e que o efeito desta operação seja muito conforme a expectativa em que fica esta Capitania, e que eu tenha a honra de pôr na Real presença de Sua Majestade o distinto serviço que Vosmecê lhe fizer nesta ocasião. Deus guarde. Vila Rica a 1º de junho de 1746. Gomes Freire de Andrada.” (Fonte: Arquivo Público Mineiro, SC., Cód. 84, p. 109v-110v). NEVES, Maria de Fátima Rodrigues das. Documentos Sobre Escravidão no Brasil. São Paulo: Contexto, 2001, p. 125.

⁷⁷⁷ GORENDER, Jacob. A escravidão reabilitada. São Paulo: Ática, 1990, p.35-36.

⁷⁷⁸ BARREIRO, José Carlos. Instituições, trabalho e luta de classes no Brasil do séc. XIX. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 7, n. 14, p. 131-149, mar/ago. 1987, p.133-134. Esse foi o caminho seguido no Brasil pelas transformações técnicas do engenho de cana de açúcar. GARCIA JUNIOR, Afrânio. Libertos e sujeitos: sobre a transição para trabalhadores livres do nordeste. Revista Brasileira de Ciências Sociais, [s.l.] v. 3, n. 7, p. 06-41, jun. 1988.

Por outro lado, como anota Clóvis Moura: “como a sociedade escravista precisava ser defendida desses movimentos, no pólo senhorial criaram-se vários mecanismos de defesa contra esses levantes e fugas, mecanismos que vão da estruturação de uma legislação repressiva violenta à criação de milícias, capitães-do-mato e ao estabelecimento e todo um arsenal de instrumentos de tortura.”⁷⁷⁹

O principal foco do confronto foram, desde o século XVII, os quilombos.⁷⁸⁰ Para além de ser um mero ajuntamento de escravos fugidos, representou um conjunto de relações complexas com a sociedade escravista, inclusive de natureza econômica. Como afirma Clóvis Moura, ele: “nada tinha de semelhante a um quisto, ou grupo fechado, mas, pelo contrário, constituía-se em pólo de resistência que fazia convergir para o seu centro os diversos níveis de descontentamento e opressão de uma sociedade que tinha como forma de trabalho fundamental a escravidão.”⁷⁸¹

Nesse sentido, preleciona Moura:

“O Quilombo foi, incontestavelmente, a unidade básica de resistência do escravo. Pequeno ou grande, estável ou de vida precária, em qualquer região em que existia a escravidão, lá se encontrava ele como elemento de desgaste do regime servil. O fenômeno não era atomizado, circunscrito a determinada área geográfica, como a dizer em determinados locais, por circunstâncias favoráveis, ele podia afirmar-se. Não. O Quilombo aparecia onde quer que a escravidão surgisse. Não era simples manifestação tópica. Muitas vezes surpreende pela capacidade de organização, pela resistência que oferece; destruído parcialmente dezenas de vezes e novamente aparecendo, em outros locais, plantando a sua roça, constituindo suas

⁷⁷⁹ MOURA, Clóvis. Os Quilombos e a Rebelião Negra. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 11.

⁷⁸⁰ A propósito da sua importância, vale o relato conhecido, sobre o mais famoso deles: “Há um fato notável na história dos negros do Brasil: a fundação da cidade de Palmares, em meados do séculos XVII. Cem anos antes, alguns grupos numerosos de negros fugidos se tinham reunido nas proximidades de Porto Calvo, na Província de Pernambuco, criando um aldeamento; mas foram logo dispersos pelos habitantes que ocupavam então Pernambuco. Isso não impediu que em 1650 se erguesse, na mesma região, uma nova aldeia de negros fugidos, com o nome de Palmares. Raptaram todas as mulheres de que puderam apossar, brancas ou de cor, e seu número logo cresceu de tal maneira que os colonos das províncias vizinhas, para se preservar de suas rapinas julgaram mais prudente tratar com eles, do que recorrer à violência. Assim os negros conseguiram obter armas e outras mercadorias da Europa em troca de produtos da floresta e das suas próprias plantações, e, pouco a pouco, a agricultura e a indústria substituíram o banditismo. Depois da morte de Hombé, seu primeiro chefe, organizaram um reino eletivo. Sua religião era uma mistura de cristianismo e de seu antigo fetichismo. Após 50 anos de existência, a população de Palmares atingira 20 mil habitantes. (Fonte: Johann-Moritz Rugendas. Viagem pitoresca através do Brasil. São Paulo, Martins-EDUSP, 1972. P. 160). NEVES, Maria de Fátima Rodrigues das. Documentos Sobre Escravidão no Brasil. São Paulo: Contexto, 2001, p. 123.

⁷⁸¹ MOURA, Clóvis. Os Quilombos e a Rebelião Negra. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 31.

casas, reorganizando a sua vida social e estabelecendo novos sistemas de defesa. O Quilombo não foi, portanto, apenas um fenômeno esporádico. Constituía-se em fato normal dentro da sociedade escravista. Era reação organizada de combate a uma forma de trabalho à qual se voltava o próprio sujeito que a sustentava.”⁷⁸²

A importância político-econômica desses agrupamentos residia no fato de que, enquanto fenômeno que se opunha à ordem estabelecida, abalavam as bases do mando senhorial e de seu exclusivismo quanto à propriedade. Nesse sentido, significativa era a rede de relações que poderia se estabelecer entre os quilombolas, negros fugidos e refugiados, e os escravos cativos, ou ainda, com os libertos. Muitas vezes, as relações de cooperação era atestada na luta contra a classe dos senhores; em casos específicos, a origem dos quilombos pressupôs a insurreição contra o senhor e a auto-gestão da fazenda; em outros, podia até chegar ao estabelecimento da união com os escravos urbanos na organização de levantes. Já do ponto de vista econômico, esses Estados dentro de um Estado, além de possuírem uma organização militar, não apenas de defesa mas também de ataque, possuíam uma economia própria, baseada no cooperativismo, cujo trabalho comunitário muito mais eficiente do que o trabalho negro cativo, garantia a comercialização do excedente, o que era feito no comércio ilegal com outros segmentos da própria sociedade colonial.⁷⁸³

Enfim, a existência de tais práticas sociais representaram uma ameaça real, outras vezes subjetiva, a uma classe social que garantia seu poder na maximização da violência. Desta forma, embora a rebeldia ativa não tivesse a possibilidade de elaborar um projeto de nova ordenação social que substituísse o existente, o papel dessas lutas foi o de desgastar, econômica e psicologicamente a classe senhorial. A sociedade escravista no pólo senhorial criou vários mecanismos de defesa contra esses levantes e fugas, mecanismos que compreendiam a estruturação de uma legislação repressiva violenta, criação de milícias, capitães do mato e o estabelecimento de todo um arsenal de instrumentos de tortura.⁷⁸⁴

No século XIX, como aponta Marilene Rosa Nogueira Silva, um fenômeno distinto veio dar feição nova à rebelião escrava: a urbanização. A cidade provoca o surgimento de um espaço comum de convivência e da necessidade de seu controle

⁷⁸² MOURA, Clóvis. Rebeliões da Senzala. São Paulo: Ciências Humanas, 1981, p. 87.

⁷⁸³ MOURA, Clóvis. Os Quilombos e a Rebelião Negra. São Paulo: Brasiliense, 1991.

⁷⁸⁴ MOURA, Clóvis. Rebeliões da Senzala. São Paulo: Ciências Humanas, 1981, p. 11.

por um poder público, pois: “no ambiente urbano apesar do escravo ser uma propriedade privada, ele era habitante da cidade e conseqüentemente um cidadão comum sujeito às normas existentes e à aplicação das penas aos infratores, ou seja, o direito do Estado estava além do direito do senhor, e o escravo acabava por se tornar também um propriedade pública.”⁷⁸⁵

As “cidades negras” foram palco de novos ajustamentos. Elas transformaram-se em esconderijos, rota e destino das fugas de escravos. “Quilombolas suburbanos, fugitivos, marinheiros, carregadores, taberneiros construíram uma malha fina da diáspora negra urbana.” Assim, a “epidemia de medos de revoltas escravas (...) podia fazer tanto o caminho das cidades para as áreas rurais como o inverso”. Nas cidades, “as diferenças entre insurreição e quilombo não eram tão demarcadas”.⁷⁸⁶

Em linhas gerais: “A escravidão e a cidade adaptavam-se uma à outra. As relações tradicionais modificavam-se, e o Estado tentava pôr ordem na casa. Criavam-se posturas, organizava-se a repressão, os acordos efetuavam-se à margem da lei. É necessária a convivência, é necessária a escravidão para a cidade, é necessário garantir o sistema.”⁷⁸⁷

Não apenas o disciplinamento, mas também o controle da informação, a censura tornou-se, sobretudo, nas décadas finais da escravidão uma preocupação central das elites coloniais, como escreve Maria Helena Machado:

“Tendo se tornado um dos principais problemas a serem enfrentados neste período, a questão da manutenção da segurança pública e da ordem, fortemente ameaçadas pela eclosão de frequentes sedições de escravos e pela descoberta da organização de tantas outras, com mãos abolicionistas, implicou na montagem, por parte das autoridades policiais, com anuência dos governos provincial e imperial, de uma estratégia de desinformação e censura no tratamento público da questão escrava. Incapazes de fazer frente às tropelias dos escravos e à ousadia dos abolicionistas, buscava-se descaracterizar a periculosidade das ocorrências que envolviam estas categorias, evitando o pânico das populações e a emergência de

⁷⁸⁵ Citado por SILVA, Marilene Rosa Nogueira. Negro na rua: a nova face da escravidão. São Paulo: HUCITEC, 1988, p. 32.

⁷⁸⁶ FARIAS, Juliana Barreto *et al.*. Cidades Negras: africanos, crioulos e espaços urbanos no Brasil escravista do século XIX. São Paulo: Alameda, 2006, p.54, 52, 58.

⁷⁸⁷ SILVA, Marilene Rosa Nogueira. Negro na rua: a nova face da escravidão. São Paulo: HUCITEC, 1988, p.85)

uma discussão generalizada sobre a deterioração dos mecanismos de controle social e a urgência da resolução da instituição servil.”⁷⁸⁸

Por sua vez, durante o século XIX, segundo Roger Bastide, a nova estrutura urbana viria a intensificar a separação das duas classes, a exploradora e a explorada, tornando caduco o efeito integrador do abrandamento dos costumes no engenho.^{789 790 791} Ela provoca efeitos sobre o comportamento cultural dos escravos, em especial sobre sua religiosidade, como anota Edson Carneiro:

“O culto organizado não podia, sob a escravidão, florescer no quadro rural - ou seja, a fazenda ou a cata. Para mantê-lo, o negro precisava de dinheiro e de liberdade, que só viria a ter nos centros urbanos(...) Com efeito, na primeira metade do século XVIII, o negro urbano, já com dinheiro, mas ainda sem liberdade, funda, sob a orientação de seus senhores, as Irmandades do Rosário e de São Benedito; na segunda metade do século, quando começa a viver independentemente do senhor, as suas religiões tribais se fusionam numa unidade de culto. (...)”⁷⁹² As cidades portuárias, sobretudo, serão o lugar de convergência do tráfico negreiro internacional e interprovincial. Nelas se encontram as relações complexas do Atlântico Negro. Aportavam notícias sobre a escravidão e a liberdade, e se estabelecia uma mistura, às vezes explosiva, entre a condição de escravo e a condição de livre.”⁷⁹³

⁷⁸⁸ MACHADO, Maria Helena. O Plano e o Pânico. Os Movimentos Sociais na Década da Abolição. Rio de Janeiro: UFRJ / EDUSP, 1994, p. 15.

⁷⁸⁹ BASTIDE, Roger. Os novos quadros sociais das religiões afro-brasileiras. In: As religiões africanas no Brasil. São Paulo: Pioneira/USP, p.85-112, 1971, p. 94.

⁷⁹⁰ Obviamente, diante do que foi exposto até agora, não concordamos com a idéia de que havia uma integração entre as diversas classes sociais que provinham do período colonial. Em nosso entendimento, a percepção de Roger Bastide quanto ao surgimento de um efeito desagregador no século XIX deve ser compreendida a partir da desagregação das formas tradicionais de controle social e não pelo rompimento de uma suposta integração “comunitária” entre senhores e escravos.

⁷⁹¹ Até então como afirma Décio Freitas: “O fracionamento e a dispersão geográfica representavam obstáculo praticamente insuperável à organização da massa de escravos proletários.” FREITAS, Décio. O escravismo brasileiro. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982, p.48.

⁷⁹² CARNEIRO, Edson de Souza. Os Cultos de origem africana no Brasil. In: _____. Candomblés da Bahia. 3ª ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961, p.18.

⁷⁹³ Roger Bastide resume assim o novo quadro: “A rua agiu em relação aos escravos no mesmo sentido de solidariedade étnica que vimo-la fazer aos brancos. Dizemos solidariedade étnica e não solidariedade de casta, visto que as “nações” disputavam-se por toda a parte onde se encontravam, as mulheres na fonte, os homens nas praças públicas. Dessa forma, os elementos do antigo engenho que estavam integrados num sistema unitário de produção e pela autoridade absoluta do patriarca contra as forças de dissolução, separam-se: a Casa-grande torna-se o sobrado, a senzala, o mucambo; o antigo equilíbrio que existia entre a civilização rural luso-brasileira e as civilizações populares africanas é substituído pelo antagonismo entre a cultura europeia do branco, adquirida nas faculdades de Direito, nas escolas de Medicina, nos seminários, e a cultura africana, que se desenvolve no interior das associações de “nações” sob a forma de retorno às tradições

De igual modo, a cidade e o direito espelham-se de modo particular. A cidade é o local de concentração do poder judiciário e administrativo, foco de agitação dos movimentos abolicionistas, mas também das lides sobre a emancipação dos escravos e dos julgamentos dos crimes perpetrados por senhores e por escravos.⁷⁹⁴

Como argumento Jacob Gorender⁷⁹⁵, a essência da escravidão moderna era a violência, o que não significa que a violência tenha sido exercida de um só modo ou que não se tenham construídos limites, em cada contexto histórico e social, à ação de senhores e de escravos. Em torno das possibilidades práticas do exercício da violência e das necessidades de produção se organizavam mecanismos restritivos dessa mesma violência que tinham como pano de fundo a existência de um mundo escravista organizado com hierarquias que eram naturalizadas.

Se a escravidão é essencialmente uma relação de violência, do ponto de vista da sua dinâmica essa violência permanece em todos os processos sociais que determinam a sua existência, desde a captura, o tráfico, a reprodução etc., mas também na subjetividade. Antes mesmo de que o conhecimento letrado pudesse elaborar, como se verá adiante, uma justificativa discursiva para a escravidão, as práticas cotidianas e as relações de poder que incluíam fugas e rebeliões aparecem à consciência, ou a constroem, na expressão do medo. Como concluía Clóvis Moura:

“O medo, repetimos, é um fator psicológico que influenciará todo o comportamento da classe senhorial do Brasil, determinando, muitas vezes, paradoxalmente, o nível de agressividade e violência contra a pessoa e a classe dos escravos, Não cabe discutir aqui, como se pretende, academicamente, se o negro, através das suas lutas, conseguiu entrar na história ou ficou, por não obedecer ao “sentido” da colonização, jogado nos socavões de uma não-história. Esta perspectiva teleológica de um sentido surge da visão de que há uma evolução predeterminada e não modificável pelo nível e importância da luta de classes. Procurar-se ver as lutas dos escravos como elemento lateral de um possível sentido

religiosas ancestrais (Freyre). A luta das civilizações é somente um aspecto da luta das raças ou das classes econômicas no seio de uma sociedade de estrutura escravista. BASTIDE, Roger. Os novos quadros sociais das religiões afro-brasileiras.” In: *As religiões africanas no Brasil*. São Paulo, Pioneira/USP, p.85-112, 1971, p. 96.

⁷⁹⁴ CHALHOUB, Sidney. *Visões da Liberdade*. Uma História das Últimas Décadas da Escravidão na Corte. São Paulo: Companhia das Letras, 1990; CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos libertos e republicanos na cidade do Rio. *Discursos sediciosos: crime, Direito e sociedade*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia, ano 1, n. 1, p. 169-189, 1º sem. 1996.

⁷⁹⁵ GORENDER, Jacob. *A escravidão reabilitada*. São Paulo: Ática, 1990.

significa não se ter capacidade de reconhecer como essas lutas, mesmo sem vencer e criar outro projeto de ordenação social influíram na conclusão do processo.”⁷⁹⁶

No século XIX, a imagem que marca os atos de insurgência escrava, após a Revolução do Haiti, para as elites locais, em especial no ambiente urbano, é a, ainda, a do medo. Porém, de um medo que não era apenas a projeção da relação cotidiana de violência entre senhor e escravo. Era o medo da possibilidade concreta de que aquelas relações de hierarquia e aquele mundo, escravista, pudessem deixar de existir, e que essa mudança fosse provocada pela violência dos escravos contra seus senhores. O medo de que os Quilombos deixassem de ser uma “outra sociedade” e passassem a ser a sociedade ou de que a cidade se transforma-se num Quilombo (cidade esconderijo). E mais ainda, de que isso representasse a possibilidade de constituição de um outro Estado (s). Ao mesmo tempo, o conhecimento de liberdades conquistadas e do anúncio do fim “inevitável” da escravidão projetou os sonhos cotidianos de liberdade para o plano do discurso sobre a legitimidade da ação violenta.

Por certo que os sentidos sociais da ação das revoltas negras variaram no desenrolar dos acontecimentos que se passavam nos EUA e na França em relação a múltiplos aspectos, como por exemplo, a existência de fraturas entre as elites provocadas no curso da ruptura do pacto colonial, a construção de redes de comunicação, o uso ambíguo do espaço urbano, as consequências para o cotidiano do trabalho das novas necessidades de produção, a eficiência das formas de controle social que foram sendo implantadas etc. Porém, o que unifica tais revoltas no curso do século XIX é a representação crescente de uma elite e de uma sociedade, dependentes do trabalho escravo, que se sentiam ameaçadas.

Eugene Genovese, ao interpretar as revoltas escravas, sintetizou a nova situação, indicando que o imaginário do medo foi construído no curso de uma transformação dos sentidos da ação de resistência:

“As sociedades pré-capitalistas não conseguiram acionar com facilidade movimentos de oposição à escravidão, pois elas encaravam a participação social no contexto de uma ou outra noção da sociedade como uma totalidade. Normalmente tratava-se de uma comunidade ou de uma família hierarquicamente ordenada. As sociedades pré-capitalistas também tenderam a favorecer um sistema mais

⁷⁹⁶ MOURA, Clóvis. Os Quilombos e a Rebelião Negra. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 96.

complexo de participação social. Menos inclinadas do que as sociedades capitalistas a oferecer um único modelo aceitável de ser social - o indivíduo autônomo - elas tendiam a justificar a escravidão como forma de ser social, diferente, em grau mais do que em espécie, dê formas alternativas. Nesse contexto, a revolta contra a escravidão geralmente assumiu a forma de uma simples revolta contra uma exploração insuportável ou contra os excessos de acomodações tradicionais. Até mesmo os escravos perceberam suas revoltas como algo exterior à sociedade, como um abandono a ela. Durante muito tempo, entretanto, as revoltas de escravos possuíram conteúdo restauracionista ou isolacionista, mais do que revolucionário. O caráter social objetivo das primeiras revoltas de escravos não obscurece a profunda experiência da escravidão, da opressão e da exploração, que as liga às revoltas de escravos no mundo moderno. O confronto violento com a injustiça estava presente no âmago de qualquer revolta contra a escravidão. Mas o objetivo das revoltas e os termos em que elas se davam mudou de acordo com as mudanças revolucionárias ocorridas nas relações sociais de produção e com a ideologia da sociedade americana e europeia como um todo.”⁷⁹⁷

Nesse sentido, como sugere Eugene Genovese, inúmeras rebeliões fizeram “parte integrante dos movimentos revolucionários burgueses-democráticos internacionais”. Elas sugerem uma alternativa as visões do escravo como vítima passiva da opressão escravista e a do escravo como consciência alienada, incapaz de se articular politicamente.^{798 799} Isso não significa que todo ato de violência individual ou coletivo, a partir da “era das revoluções” fossem marcados pela consciência dos escravos da necessidade de transformar o conjunto da sociedade, mas que, no mínimo, esse passou a ser o campo de compreensão desses atos de violência por parte de seus senhores que, mesmo acreditando na inferioridade natural de seus escravos não podiam mais aceitar como certa a sua inferioridade bélica. A “era das revoluções” provoca, no mínimo, a certeza de que a escravidão

⁷⁹⁷ GENOVESE, Eugene Dominick. Da Rebelião à Revolução: as revoltas de escravos negros nas Américas. São Paulo: Global, 1983. p. 14.

⁷⁹⁸ GENOVESE, Eugene Dominick. Da Rebelião à Revolução: as revoltas de escravos negros nas Américas. São Paulo: Global, 1983. p. 14.

⁷⁹⁹ Embora, como se verá adiante, a política e as práticas culturais não se apresentem assim tão dissociadas.

perpetuava, por outros meios, a guerra de todos contra todos ou a guerra de uma grande massa contra uma minoria de privilegiados.⁸⁰⁰

Entretanto, a outro ponto importante a considerar: o caráter europeu da consciência discursiva de um mundo nascido pela força das revoluções. O questionamento desse lugar representa, na expressão de Stuart Hall, o descentramento de uma narrativa⁸⁰¹ que projeta a consciência das transformações do mundo a partir de um ideário europeu-ocidental como força motriz das transformações ocorridas na Modernidade. Nesse sentido, Susan Buck-Morss produziu uma reviravolta nas formas de conceber as transformações da filosofia europeia, e, desse modo, na estrutura das concepções dominantes sobre a história da construção de direitos a partir do fluxo de idéias. A cultura acadêmica europeia estava habituada a auto-compreensão de suas transformações a partir da imagem do Iluminismo que pretendeu isolar uma identidade europeia em relação aos “bárbaros”, e sedimentada num passado Greco-romano. Dali partia para pensar a forma como essa subjetividade coletiva agia sobre o resto do mundo. A perspectiva de que a filosofia europeia influenciou os habitantes de outros países está marcada por esse ponto de vista. A igualdade e a liberdade nasceriam na Europa e pelas mãos dos Europeus e se irradiariam pelo resto do mundo

Ao contrário, Susan Buck-Morss empenhou-se em demonstrar especificamente que a perspectiva hegeliana da história - um dos momentos fundadores do discurso sobre a liberdade (e do papel das revoluções) e da história da liberdade centrada na história da Europa - somente poderia ser compreendida no diálogo implícito de Hegel com acontecimentos revolucionários não apenas da Revolução Francesa, mas, sobretudo, das Revoltas de São Domingos. Em outras palavras, a herança ideológica europeia, exportada para o resto do mundo resultava, de fato, de um horizonte de compreensão em que o resto do mundo já estava anteriormente presente.

⁸⁰⁰ A situação já estava se transformando mesmo antes da eclosão da Revolução de São Domingos: “Os mundos coloniais americanos foram regularmente abalados pelas revoltas dos seus escravos, ou por ameaças de revoltas. Os administradores das colônias inglesas e francesas das Caraíbas reconheciam, nos anos 1730, que “um vento libertário” soprava nas Caraíbas indicando assim a existência de um verdadeiro contágio dos fenômenos de resistência à escravidão, como ocorreu, meio século mais tarde, por ocasião da rebelião dos escravos de Saint-Domingue.” In: UNESCO/STENO, Katerina (editora). *Lutas contra a Escravidão; Ano Internacional de luta contra a escravidão e de sua abolição* – 2004. Paris: UNESCO, 2004, p. 48. Disponível em: <http://www.unesco.org/culture>.

⁸⁰¹ HALL, Stuart. *Da Diáspora, Identidades e Mediações Culturais*. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 105-109.

Segundo a autora, Hegel, ao escrever Fenomenologia do Espírito, e tratar da dialética senhor-escravo, estava marcado pelos acontecimentos das revoltas em curso na colônia francesa, cujas notícias lhe chegavam por meio de periódicos. A tese sobre o modo como os subalternos tomavam consciência da sua opressão e da existência de uma história universal representaria uma forma de compreender e assimilar aqueles acontecimentos.⁸⁰²

A propósito escreve Susan Buck-Morss:

“É nas várias lições de Jena, em que Hegel busca descrever a nova sociedade mediante a exploração do tema do “reconhecimento mútuo” como “reconhecimento através do comércio” (Anerkanntsein im Tausch), que ele fala pela primeira vez da relação entre o “senhor” e o “escravo.” O leitor não pode deixar de ficar espantado pelo fato de que este tema sempre surja ao longo da descrição do sistema da necessidade em todos os textos. Somos impelidos a indagar: qual é a conexão vista por Hegel entre a relação senhor/escravo e a nova economia mundial? O que, segundo os especialistas, nos levaria a acreditar que aqui ele recorra a Aristóteles? E se ele estiver usando alegoricamente a escravidão apenas para descrever o lado doméstico da Revolução Francesa, e então o que isto teria a ver com a discussão simultânea do comércio de mercadorias?”⁸⁰³

Segundo a autora, a preocupação do jovem Hegel era com “a luta revolucionária dos escravos, que superam a sua própria servidão e criam um Estado Constitucional”. Assim:

“É das contradições da escravidão que o reconhecimento mútuo entre iguais emerge com necessidade lógica, e não é uma das menores o próprio comércio de escravos humanos juridicamente considerados como “coisas” quando se mostram capazes de tornarem-se agentes ativos da história na luta contra a escravidão em uma “batalha por reconhecimento” sob o lema “liberdade ou morte!”⁸⁰⁴

Neste momento, Hegel teria compreendido que o universal da história se realizava nas relações particulares quando escravos contestavam a alienação política e econômica a que estavam submetidos, levando até as últimas

⁸⁰² BUCK-MORSS. Hegel, o Haiti e a História Universal. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, p. 04.

⁸⁰³ BUCK-MORSS. Hegel, o Haiti e a História Universal. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, p. 04.

⁸⁰⁴ BUCK-MORSS. Hegel, o Haiti e a História Universal. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, p. 04.

conseqüências a liberdade.⁸⁰⁵ Entretanto, se no início Hegel tomou os acontecimentos de São Domingos como uma manifestação do reino da liberdade, em momentos posteriores povoou seus textos de imagens racistas sobre os não-europeus, especificamente os negros, e sua incapacidade para participarem da história.

A propósito, segundo Henrique Dussel, Hegel em alguns momentos (posteriores a primeira fase dos escritos de Jena⁸⁰⁶) “escreveu uma ideologia racista,

⁸⁰⁵ Hegel compreende a posição do senhor tanto em termos políticos quanto econômicos. No *System der Sittlichkeit* (1803): “O senhor encontra-se, de maneira geral, na posse de uma superabundância de necessidades físicas, enquanto o outro [o escravo] encontra-se, por conseqüência na ausência delas (the lack thereof).” De início, a consideração da situação do senhor é “independente, e a sua natureza essencial é a de ser para si mesmo (is to be for itself)”; enquanto “o outro”, a posição do escravo, “é dependente, e a sua essência é a vida ou a existência para um outro.” O escravo é caracterizado pela ausência de reconhecimento que deixa de receber. Ele é visto como “uma coisa”; a “coisidade (thinghood)” é a essência da consciência do escravo – tal como era a essência de sua condição jurídica sob o *Code Noir* (PM, p. 235). Mas na medida em que dialética se desenvolve, o aparente domínio do senhor se reverte com a sua consciência de que ele é, de fato, totalmente dependente do escravo. Tem-se apenas que generalizar a figura do senhor no sentido de se poder ver a pertinência descritiva da análise de Hegel: a classe detentora de escravos é, sem dúvida, inteiramente dependente da instituição da escravidão para a “superabundância” que constitui a sua riqueza. Esta classe é assim incapaz de ser o agente do progresso histórico sem aniquilar a sua própria existência. Mas então os escravos, novamente coletivizando a figura, adquirem autoconsciência ao demonstrarem que não são coisas, não são objetos, mas sujeitos que transformam a natureza material. O texto de Hegel torna-se obscuro e silente neste passo da conscientização (*realization*). Contudo, dado aos eventos históricos que fornecem o contexto para a *The Phenomenology of Mind*, a inferência é clara. Aqueles que algum dia aquiesceram com a sua própria escravidão demonstram a sua humanidade quando desejam se arriscar à morte para não permanecerem subjugados. O Direito, a lei (o *Code Noir!*), que os reconhecia simplesmente como “uma coisa” não mais pode ser considerado vinculante,⁸⁰⁵ muito embora antes, segundo Hegel, era o próprio escravo o responsável por essa ausência de liberdade ao, de início, escolher a vida sobre a liberdade, a mera autopreservação. Na *The Phenomenology of Mind*, Hegel insiste que a liberdade não pode ser assegurada aos escravos de cima. A autoliberação é requerida mediante uma “prova de morte” (“trial by death”): “E é apenas ao arriscar a vida que a liberdade é obtida. . . . O indivíduo, que não colocou a sua vida em risco, pode, sem dúvida, ser reconhecido como uma Pessoa [a agenda dos abolicionistas!]; mas ele não alcançou a verdade deste reconhecimento como uma autoconsciência independente” (PM, p. 233). A finalidade desta liberação da escravidão não pode ser a submissão ao senhor do momento, o que seria simplesmente repetir o “impasse existencial” do senhor, mas, ao contrário, a eliminação total (altogether) da instituição da escravidão.” BUCK-MORSS. *Hegel, o Haiti e a História Universal*. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, p. 21-22.

⁸⁰⁶ “A seção da *The Phenomenology of Mind* de Hegel, por exemplo, em que ele critica a pseudociência da Frenologia assume uma importância bem distinta quando vista como uma crítica das teorias já existentes do racismo biológico. Assim é que a referência de Hegel na *The Philosophical Propaedeutic* (1803-13) a Robinson Crusoe, ao insistir em acoplar este protótipo de homem no “estado de natureza” – naufragado em uma ilha caribenha – a Sexta-Feira, seu escravo, pode ser vista como uma crítica implícita à versão individualista do “estado de natureza” de Hobbes. As primeiras lições de Hegel sobre a Filosofia do Direito (Heidelberg, 1817-18) contém uma passagem que agora se torna plenamente compreensível. Ela começa pela parte crucial da autoliberação do escravo: “Mesmo que eu tenha nascido escravo [*Sklave*], tenha sido alimentado e criado por um senhor, que meus pais e todos os meus ascendentes também tenham sido escravos, ainda assim eu sou livre no momento em que desejo sê-lo, em que me torne consciente da minha liberdade. Pois a personalidade e a liberdade da minha vontade, do meu querer (of my will), são partes essenciais de mim mesmo, da minha personalidade.” E Hegel continua: ainda que liberdade

cheia de superficialidade, com um sentido infinito de superioridade". Para o autor germânico a África era vista como "uma terra fechada" que conserva este caráter fundamental e o negro como "homem em estado bruto" cuja consciência não teria chegado a nenhuma objetividade, como, por exemplo, Deus. A história é vista como "a configuração do Espírito em forma de acontecimento" e "o povo que recebe um tal elemento como princípio natural é o povo dominante nessa época da história mundial." No caso o povo germânico e o "Espírito Germânico" eram a representação do "Espírito do Novo Mundo".⁸⁰⁷ Portanto, para Hegel: "Contra o direito absoluto que ele tem por ser o portador atual do grau de desenvolvimento do Espírito mundial, o espírito dos outros povos não tem direito algum."⁸⁰⁸

Quanto aos africanos conclui o autor que:

"O reino do Espírito entre eles é tão pobre e o Espírito tão intenso que basta uma representação que lhes é inculcada para levá-los a não respeitar nada, a destroçar tudo. A África ... não tem propriamente história. Por isso abandonamos a África para não mencioná-la mais. Não é uma parte do mundo histórico; não apresenta um movimento nem um desenvolvimento histórico... O que entendemos propriamente por África é algo isolado e sem história, sumido ainda por completo no espírito universal, e que se pode ser mencionado aqui no umbral da história universal."⁸⁰⁹

A importância dessa descoberta é evidenciada quando se sabe que as interpretações de Hegel sobre a realização do espírito no decorrer da história e a realização da sociedade no Estado estiveram na base do movimento romântico que produziu ideologicamente a idéia de Nação-Estado, e, em especial do modelo de história que construiu as tradições nacionais

Todavia torna-se ainda mais relevante quando se constata que foi o conhecimento "mais aprofundado" da ciência europeia da época que permite Hegel

signifique ter direitos de propriedade, a posse de outra pessoa é impossível - "e se se faz alguém ser chicoteado, isto não retira ou prejudica a liberdade da pessoa" (PR, p. 228). É claro que Hegel fala aqui da escravidão moderna e que a consciência da própria liberdade requer que a pessoa *se torne livre*, não somente em pensamento, mas no mundo." BUCK-MORSS. Hegel, o Haiti e a História Universal. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, p. 26.

⁸⁰⁷ DUSSEL, Enrique 1492, o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1993, p. 18-23.

⁸⁰⁸ HEGEL, citado por DUSSEL, Enrique. 1492, o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1993, p. 22.

⁸⁰⁹ HEGEL, citado por DUSSEL, Enrique. 1492, o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1993, p. 20.

tornar-se mais racista e que ele está acompanhado de um recuo em relação a possibilidade de abolição imediata. Como escreve Susan Buck-Morss:

“Mas pelo menos em relação à abolição da escravidão, o recuo de Hegel do radicalismo revolucionário foi claro. Ao condenar notoriamente a cultura africana à pré-história e ao culpar os próprios africanos pela escravidão no Novo Mundo, Hegel repetiu o argumento banal e apologético de que os escravos estariam melhor nas colônias do que em sua terra natal africana, onde a escravidão era ‘absoluta’, e endoçou o gradualismo: ‘A escravidão é m si e por si mesma injustiça, pois a essência da humanidade é a Liberdade; mas este homem deve ser maduro. A abolição gradual da escravidão é portanto mais sábia e mais imparcial do que a sua súbita remoção’ (PH, pp. 96, 99). Esta inclinação, no entanto, não foi o aspecto mais espantoso em suas lições. Ao contrário, ela foi a completude brutal com a qual ele descartou toda a África subsaariana, esta ‘terra de crianças’, da ‘barbárie e da selvageria’, de qualquer significado para a história mundial, devido ao que ele considerou serem deficiências do ‘espírito’ africano.”

Esta mudança foi simplesmente uma parte do conservadorismo geral de Hegel durante os anos de Berlin? Ou ele estaria reagindo, novamente, aos eventos correntes? Nas segunda e terceira décadas do século XIX, o Haiti, mais uma vez, estava nos noticiários, debatido com ardor pelos abolicionistas e por seus opositores na imprensa britânica, incluindo aí o *Edinburgh Review*, que, sabemos por certo, no período, era lido por Hegel. No contexto da contínua pressão pela abolição, os desenvolvimentos no Haiti, o "grande experimento," eram continuamente monitorados e evocavam crescentes críticas mesmo por parte dos antigos apoiadores. Em questão estava a alegada brutalidade do Rei Henri Christophe e o declínio da produtividade da ilha sob o sistema do trabalho livre (aqui seria o momento adequado para uma crítica marxista). Não temos qualquer registro se foram esses debates que, também, levaram Hegel a reconsiderar o Haiti como o "great experiment." Claro é que Hegel, em um esforço para se tornar mais erudito em estudos africanos na década de 1820, foi, de fato, tornando-se mais obtuso. Ele repetiu as lições sobre filosofia da história a cada dois anos de 1822 a 1830, acrescentando material empírico de suas leituras dos especialistas europeus em história mundial. É ironicamente triste que quanto mais fiel as suas lições passam a

ser ao saber acadêmico convencional da Europa sobre a sociedade africana, tão menos esclarecidas e mais preconceituosas e racistas elas se tornam.”⁸¹⁰

A tese de Susan Buck-Morss incorpora a possibilidade de se pensar a formação das reflexões na cultura europeia a partir de relações de poder, e não meramente da lógica do poder como coisa, como instrumento utilizado por um sujeito numa direção, da Europa sobre o resto do mundo, do senhor sobre o escravo. Ao mesmo tempo, sugere que a experiência da formação da identidade europeia deve ser compreendida a partir de fluxos de informações que vão da periferia para o centro, e vice-versa. Soma-se o fato de que elas encontram e reencontram em situações concretas novas dimensões.⁸¹¹

Daí outro paradoxo, as idéias iluministas se propagam com a escravidão sem, contudo, o controle desejado pelas elites locais. Ao mesmo tempo, as imagens sobre as resistências escravas e o destino da escravidão com os processos de independência das colônias também foram decisivas para construir e delimitar o problema da forma constitucional, e, sobretudo, da concepção de povo na construção de direitos.

A interdependência econômica existente no colonialismos e a dependência da escravidão produzem não apenas um fluxo de idéias de múltiplas direções quanto um delicado jogo de possibilidades entre liberdade e escravidão. Basta imaginar, como sugere Eugene Genovese, os diferentes destinos que a Revolução Francesa poderia ter tido se constasse com a maquinaria colonial, como fez Napoleão. Neste contexto, a trajetória da liberdade nos países centrais constitui-se em momentos paradoxais: O que teria sido da revolução americana diante da armada inglesa se não fosse a atuação do regime absolutista francês sustentada pela escravidão? Ou ainda, o que teria sido do ímpeto revolucionário francês se a França ainda contasse com a sua principal colônia na república do Caribe?⁸¹² A escravidão negra não estava na periferia, mas no centro dos acontecimentos políticos da “era das revoluções” e, portanto, de suas contradições.

⁸¹⁰ BUCK-MORSS, *Hegel, o Haiti e a História Universal*. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, 28-29.

⁸¹¹ Ao mesmo tempo, a autora explora de modo diferenciado a construção do pensamento de Hegel que tem sido um autor central, especialmente para Charles Taylor e Axel Honett, para explicar os processos de reconhecimento de novos direitos para grupos excluídos, o que permite uma articulação desses autores com os estudos culturais e o pensamento anti-colonial.

⁸¹² GENOVESE, Eugene Dominick. *Da Rebelião à Revolução: as revoltas de escravos negros nas Américas*. São Paulo: Global, 1983.

Se as revoltas resultam de contextos em que há um excesso populacional composto por grupos sociais dissidentes ou economicamente pauperizados, as colônias, representaram um espaço de ação para o exercício da utopia concreta dos primeiros e de acomodação dos segundos. Para as colônias, desde o início da colonização, foram enviados grupos religiosos perseguidos, inimigos do Estado, pobres, desviantes dos padrões morais etc. Algumas delas nasceram como lugares destinados a minorias religiosas outras como colônias penais. Até mesmo no âmbito interno dos países da periferia, a invasão de novos territórios foi um mecanismo comum de projeção para o exterior de formas de violência e descontentamento. Se Modernidade e capitalismo se interpenetram com o nascimento da burguesia como classe social mundial. Também universalizante foram as novas formas de domínio capitalistas, como a escravidão. Numa sociedade-mundo toda a opressão tende a ser local e transnacional. A expansão da burocracia e das forças repressivas do Estado europeu não ficou indiferente as dificuldades de manutenção dos domínios de além mar. De igual modo, o espaço fora da Europa constitui-se num laboratório em que puderam ser testadas novas formas de domínio e novas dimensões de resistência.

Ao se seguir os passos de Susan Buck-Morss, pode-se concluir que o universal dessa história mundial moderna não foi a realização do ideal de liberdade iniciada na Europa, mas a plêiade de resistências e transformações surgidas em sociedades vinculadas ao sistema econômico europeu, dentro e fora da Europa. As novas formas de opressão que os europeus modernos fizeram nascer em todo o mundo construíram um campo comum, muitas vezes, de problemas a serem resolvidos. Por sua vez, o discurso europeu não fez nascer o ideal de liberdade, forneceu matrizes culturais para o seu reconhecimento e sua exclusão. De fato, a liberdade somente poderia ser pensada em relação a um mundo em transformação, mas sempre foram os modos de opressão, como percebeu Marat, que imprimiram movimento a esse ideal. No mesmo passo, foi contra e a favor dos movimentos mundiais de liberdade que o pensamento constitucional reagiu. Se igualdade e liberdade permitiram a forma econômica capitalista, não havia, por outro lado, apenas o perigo do povo constituinte, mas dos povos constituintes. As classes dirigentes européias não reagem apenas contra a possibilidade de perda de domínio interno, governam para o mundo, pois a própria forma de domínio estatal dependia

de seus tentáculos ultramarinos. Os limites à soberania popular adquiriram representações específicas quando esse povo era formado por distintas tradições culturais e fora submetido à força à condição de escravo-coisa.

Neste contexto, a Revolução do Haiti representou o espectro mais decisivo sobre as incertas possibilidades de futuro, tanto para as elites locais quanto para as elites européias. Ela reelaborou um novo medo na consciência política dessas elites: o medo da onda negra; da possibilidade de que a busca da liberdade eclodi-se em atos coletivos de violência. Ele demarcará a construção moderna do direito de liberdade de tal modo que as diversas resistências dos povos da diáspora negra e incorporados pelo colonialismo passarão a ser pensadas e sentidas como um passo anterior em direção ao Haiti. Isso significou não apenas estratégias políticas e legislativas de abolição tendentes a evitar o igualitarismo do Haiti quanto de construção de representações da escravidão e dos escravos que afastassem a consciência histórica de que a relação entre senhores e escravos eram fundadas na violência política e econômica.⁸¹³

A Revolução do Haiti provocou a ampliação dos direitos fundamentais até um limite impensado até aquele momento. Como se verá adiante, o medo da Revolução do Haiti teve, de fato, o peso da ampliação da cidadania, da expansão de direitos, o que não significou ausência de contradições no curso do processo revolucionário, mas ainda assim uma densidade que os direitos fundamentais ainda não haviam adquirido, a densidade da igualdade racial transformada em norma constitucional, mas, sobretudo, em proposta de revisão das hierarquias sociais concretas. O medo de que os naturalmente desiguais pudessem impor sua igualdade, valendo-se do lugar que deveria servir para definir sua inferioridade, somava-se, como se argumenta adiante, ao de que os diferentes processos civilizatórios e as novas formas culturais reelaboradas pudessem servir como resistência ou sustentar aquela imposição. Ao mesmo tempo, de que os ideais de igualdade e de liberdade pudessem ser compreendidos para além dos limites esperados, da defesa da liberdade e da igualdade dos proprietários e da participação política censitária.

Por fim, como argumentou, Susan Buck-Morss, a Revolução Haitiana representou para os partidários do ideário iluminista revolucionário o nascimento da consciência da "culpa política", ou seja, de havia uma contradição gritante entre a

⁸¹³ A expressão onda negra foi tomada de: AZEVÊDO, Célia Maria Marinho de. Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites do século XIX. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.

defesa de determinados ideais e as práticas concretas vividas no mundo escravista. Essa culpa:

“(...) expressa a inegável experiência política da culpa que nós humanos sentimos quando testemunhamos algo profundamente errado em relação aos princípios que regem nosso mundo cotidiano. Algo na ordem oficial – evidente, mas não reconhecido, do qual se fala, mas que não se conhece – que contradiz o seu próprio sentido de correção moral, de direitos humanos. Mas porque as autoridades que falam pelo todo o toleram, praticam e dele se beneficiam, esta ordem continua. A verdade, disponível à percepção da consciência, é ao mesmo tempo “desautorizada”, “desmentida” (...) e a imaginação moral encontra-se em conflito com a obediência social. A culpa política tem a sua própria ambivalência, porque a recusa de cumprir com o dever socialmente prescrito no sentido de agir corretamente envolve trair a coletividade que lança pretensões a você (através da nação ou da classe, da religião ou da raça) e de colocar em risco a proteção da coletividade como uma consequência.”⁸¹⁴

4.3.2 Imagens da Revolução do Haiti em Movimento

Apenas para ilustrar a importância acima referida, convém apresentar algumas informações sobre esse movimento revolucionário e as representações que ele teve, pois elas permitem compreender o medo como herança de nossa tradição constitucional, ou seja, uma tradição preocupada em restringir a possibilidade da cidadania para os negros, se e quando construída a partir da sua ação política.

No século XVIII, além da França, não havia outra potência que “tivesse combinado seu poderio militar com um poderio naval equivalente”.⁸¹⁵ Era o país de maior população e o mais rico, embora a Inglaterra tivesse maior renda per capita, ela detinha a maior renda global.⁸¹⁶ Por sua vez, em 1789, ano da Revolução Francesa, a colônia francesa de São Domingos era o maior mercado individual de

⁸¹⁴ BUCK-MORSS. Hegel, o Haiti e a História Universal. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, p. 33.

⁸¹⁵ POPKIN, Jeremy D.. Uma revolução racial em perspectiva: relatos de testemunhas oculares da Insurreição do Haiti. Varia hist., Belo Horizonte, v. 24, n. 39, junho 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752008000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: dez. 2010. doi: 10.1590/S0104-87752008000100014.

⁸¹⁶ JOUVENEL, Bertrand de. As Origens do Estado Moderno. Uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 59.

escravos, produzia aproximadamente metade do açúcar e do café consumido no mundo, expressava o ápice das inovações no Mundo Atlântico. A Colônia era símbolo de novos tempos. O Caribe fora a região da “descoberta” de onde surgiram as imagens mais comuns dos indígenas, em “estado selvagem”. Os espanhóis conquistaram a ilha, introduziram a escravidão indígena, e depois a africana, o cristianismo e o genocídio. A população indígena de aproximadamente 500 mil habitantes passou a pouco mais de 60 mil, em 15 anos. Em 1697, a passagem ao domínio francês, demarcava a decadência crescente dos impérios ibéricos. No final do XVII, São Domingos possuía mais de meio milhão de escravos negros, grande parte deles, devido a alta taxa de mortalidade do sistema escravista, havia nascido na África. Cada um dos escravos negros sustentava seis franceses.⁸¹⁷ Era “uma fronteira tecnológica onde senhores de terra brancos (numericamente superados por seus escravos, na proporção de 12 por 1) demonstravam, com uma eficiência e brutalidade inigualáveis, sua habilidade para explorar o trabalho dos escravos.”⁸¹⁸ Enfim, era o produto supostamente acabado do destino do Novo Mundo, a escravidão.

Os passos seguidos na Revolução haitiana (1791-1804) podem ser resumidos da seguinte modo.

O escravo liberto Vicent Ogé lidera um levante armado, mas é executado em 1791. A aplicação da pena capital mobiliza os escravos que aderem em massa à rebelião. A reorganização das culturas africanas, sob o domínio escravocrata, em especial da religião Voodoo, foi elemento decisivo na ação revolucionária. A maior parte dos escravos era analfabeta na língua francesa e desconhecia os filósofos iluministas. Organizados em famílias religiosas, no ano de 1791 na cerimônia Bwa Kayiman ou Bois Caiman, durante a manifestação de um espírito familiar, comprometem-se com a luta pela liberdade.⁸¹⁹

⁸¹⁷ RIBBE, Claude. Os Crimes de Napoleão. Atrocidades que influenciaram Hitler. São Paulo: Record, 2008, p. 15.

⁸¹⁸ POPKIN, Jeremy D.. Uma revolução racial em perspectiva: relatos de testemunhas oculares da Insurreição do Haiti. Varia hist., Belo Horizonte, v. 24, n. 39, junho 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752008000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: dez. 2010. doi: 10.1590/S0104-87752008000100014.

⁸¹⁹ SILVA, Elton Batista da; SOARES, Ana Loryn. A Revolução do Haiti: Estudo de um Caso. In: Ameríndias, ano 1, vol.1. Disponível em: http://www.amerindia.ufc.br/Amerindia/index.php?option=com_content&view=article&id=71:test&catid=34:vol1&Itemid=55.

O ex-escravo Toussaint L'Ouverture, que trabalhara em atividades administrativas nas fazendas de cana-de-açúcar e era alfabetizado, assume a liderança, nega-se a fazer um acordo com a elite branca e, no ano de 1793, se proclama líder em nome da liberdade e da igualdade, vingador de sua raça.⁸²⁰ Segundo Jacob Gorender, o líder negro cometeu dois erros em sua linha de ação. De um lado, tentou se aproximar de Napoleão, não compreendendo que a Revolução Francesa havia guinado para direita. De outro, tentou manter a produção de açúcar com a imposição de trabalho compulsório, o que contrastava com o ideal de liberdade já conquistada pelos ex-escravos.⁸²¹ Toussaint enfrentaria ainda a oposição de mulatos que fizeram tentativas de alcançar o domínio da colônia. Ao mesmo tempo, sua imagem se debilita com a tolerância com os proprietários brancos. Diante de uma revolta organizada pelo seu sobrinho adotivo Moïse, revolucionário radical, nega-lhe julgamento e determina o fuzilamento sumário, o que enfraquece sua liderança em relação aos trabalhadores negros.⁸²² Em 1801,

⁸²⁰ "Frères et amis. Je suis Toussaint Louverture; mon nom s'est peut-être fait connaître jusqu'à vous. J'ai entrepris la vengeance de ma race. je veux que la liberté et l'égalité règnent à saint-Domingue. Je travaille à les faire exister. Unissez-vous, frères, et combattez avec moi pour la même cause. Déracinez avec moi l'arbre de l'esclavage. Votre très humble et très obéissant serviteur, Toussaint Louverture, Général des armées du roi, pour le bien public." Citado por SILVA, Elton Batista da; SOARES, Ana Loryn. A Revolução do Haiti: Estudo de um Caso. In: Ameríndias, ano 1, vol.1. Disponível em: http://www.amerindia.ufc.br/Amerindia/index.php?option=com_content&view=article&id=71:test&catid=34:vol1&Itemid=55.

⁸²¹ Nas palavras de Jacob Gorender: "Já vitorioso, Toussaint seguiu duas linhas de ação, que teriam conseqüências funestas para a sua liderança e para seu destino pessoal. Em primeiro lugar, preocupou-se insistentemente em ganhar a confiança de Bonaparte, àquela altura primeiro cônsul do governo parisiense. Através de franceses aliados, enviou repetidas mensagens ao general chefe do consulado, insistindo na fidelidade à França e na concretização de uma aliança entre a Revolução Antilhana e a Revolução Francesa. (...) Toussaint não conseguiu perceber que, da Convenção de 1789 ao consulado bonapartista, a Revolução Francesa influiu para a direita, mudando as características do regime político no País, como também afastando-se da posição inicial com relação à escravidão nas colônias.

A segunda questão, que influiu negativamente no destino de Toussaint, consistiu na decisão de manter a colônia como grande produtora de açúcar. O que se justificava, do ponto de vista da prosperidade econômica. Mas, para este fim, Toussaint não teve alternativa senão a de obrigar os ex-escravos a retornar ao trabalho compulsório nas fazendas. Os ex-escravos já eram homens livres do ponto de vista formal, mas estavam forçados a continuar a cultivar a cana e a produzir açúcar nas mesmas condições exaustivas de antes. A par disso, Toussaint manteve os brancos como proprietários, encarregados da direção e orientação da produção. (...)" GORENDER, Jacob. O épico e o trágico na história do Haiti. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 50, Abril 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100025&lng=en&nrm=iso. Acesso: dez. 2010. doi: 10.1590/S0103-40142004000100025.

⁸²² GORENDER, Jacob. O épico e o trágico na história do Haiti. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 50, Abril 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100025&lng=en&nrm=iso. Acesso: dez. 2010. doi: 10.1590/S0103-40142004000100025.

Napoleão Bonaparte passa a intervir na colônia francesa, pretendendo restabelecer a escravidão. Em 1803 Toussaint L'Ouverture é capturado pelos franceses e morre numa prisão nos Alpes suíços.

Os rebeldes passam a ser liderados por Dessalines, ex-escravo. Em 29 de novembro de 1803, os revolucionários divulgam uma declaração preliminar de Independência. “A 31 de dezembro, foi lida a Declaração de Independência definitiva. O novo Estado recebeu, no batismo, a denominação indígena de Haiti.” As lutas continuam até 1804, os haitianos derrotam sucessivamente 60 mil soldados ingleses, 43 mil soldados do exército de Napoleão Bonaparte. Dessalines torna-se o “primeiro chefe de Estado haitiano, sendo coroado imperador” em outubro daquele ano.⁸²³

Como sintetiza Susan Buck-Morss:

“Em 1794 os negros armados de Saint-Domingue forçaram a República Francesa a reconhecer como *fait accompli*, como fato consumado, a abolição da escravidão na ilha (declarada pelos comissionários coloniais franceses, Sonthonax e Polverel, atuando por própria conta) e a universalizar a abolição em todas as colônias francesas. De 1794 a 1800, como homens livres, esses antigos escravos se envolveram na luta contra as forças britânicas invasoras, que muitos dos proprietários de terra brancos e mulatos de Saint-Domingue esperavam reestabeleceriam a escravidão. O exército negro sob a liderança de Toussaint-Louverture derrotou militarmente os britânicos em uma batalha que fortaleceu o movimento abolicionista na Grã Bretanha, compondo o cenário para a suspensão britânica do tráfico negreiro em 1807. Em 1801, Toussaint-Louverture, o antigo escravo e agora governador de Saint-Domingue, suspeitou que o Diretório Francês poderia tentar revogar a abolição. E ainda assim, todavia leal à República, escreveu uma Constituição para a colônia mais avançada que qualquer outra no mundo – se não em suas premissas democrática, certamente no que se refere à inclusão racial de sua definição de cidadania. Em 1802, Napoleão atuou no sentido de reestabelecer a escravidão e o Code Noir, promoveu a prisão e a deportação para a França de Toussaint, onde ele morreu na prisão em 1803. Quando Napoleão enviou

⁸²³ GORENDER, Jacob. O épico e o trágico na história do Haiti. *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 50, Abril 2004. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100025&lng=en&nrm=iso>. Acesso: dez. 2010. doi: 10.1590/S0103-40142004000100025.

as tropas francesas, sob o comando de Leclerc, para subjugar a colônia, promovendo uma luta brutal contra a população negra "que chegou a uma guerra de genocídio," os cidadãos negros de Saint-Domingue mais uma vez se armaram, demonstrando que, nas próprias palavras de Leclerc: "'Não foi suficiente afastar Toussaint, havia 2,000 líderes a serem afastados'" (...). Em 1º de janeiro de 1804, o novo líder militar, o nascido escravo Jean-Jacques Dessalines, ao declarar a independência da França, deu o último passo, combinando assim o fim da escravidão com o fim da condição colonial. Sob o lema "Liberdade ou Morte" (essas palavras foram inscritas na bandeira vermelha e azul, da qual a faixa branca da França foi suprimida (...), ele derrotou as tropas francesas e destruiu a população branca, estabelecendo em 1805 uma nação constitucional independente de cidadãos "negros", um "império," que se espelhava no de Napoleão e que ele designou pelo nome em Arawak, Haiti. Esses eventos que levaram à completa liberdade dos escravos e da colônia não tinham precedente. "Nunca antes uma sociedade escrava havia derrubado, com sucesso, a sua classe governante." ("HA," p. 114).⁸²⁴

Quais foram as consequências mais decisivas da Revolução do Haiti?

A criação da República Independente do Haiti, na metáfora de Jeremy Popkin, teve impacto semelhante ao "choque provocado pelos ataques terroristas do 11 de setembro de 2001". Ela desafiou "a mais fundamental das asserções, sob as quais se construíra a identidade dos franceses e, mais além, de todos os europeus: a convicção de que as sociedades criadas pelas populações brancas, de origem européia, estariam a salvo da destruição por pessoas de cor." Enfim, "seu surpreendente colapso, nas mãos de trabalhadores escravos que os próprios brancos haviam trazido da África, representou um enorme desafio para a preservação da identidade branca".⁸²⁵

⁸²⁴ "A constituição de Dessalines declarou *todos* os negros Haitianos, buscando revogar as categorias de mulato e os vários graus de interracialidade. Dessalines foi assassinado em 1806; o Haiti foi então dividido em duas partes, um "Reino" ao norte, governado por Henri Christophe, e uma "República," ao sul, cujo presidente era Alexandre Pétion." BUCK-MORSS, Hegel, o Haiti e a História Universal. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, p. 15.

⁸²⁵ POPKIN, Jeremy D.. Uma revolução racial em perspectiva: relatos de testemunhas oculares da Insurreição do Haiti. Varia hist., Belo Horizonte, v. 24, n. 39, junho 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752008000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: dez. 2010. doi: 10.1590/S0104-87752008000100014.

A Constituição Haitiana não foi elaborada sem contradições, como escreve C.L.R. James:

“Toussaint, todavia, imediatamente após a vitória no Sul, decidira regularizar a própria posição e pôr um fim nos problemas internos vindouros dando a São Domingos uma Constituição. Para esse fim, convocou uma assembléia de seis homens, um de cada uma das províncias, consistindo de brancos e mulatos ricos, mas de nenhum negro. Como sempre, nessa hora, ele pensava em como isso repercutiria na França e não no efeito que causaria nas suas próprias massas, estando confiante demais nelas. Os membros dessa assembléia eram meras figuras decorativas. A Constituição é Toussaint L'Ouverture, da primeira à última linha, e nela se estabelecia os seus princípios de governo. A escravidão estava abolida para sempre. Todo homem, não importava a sua cor, poderia candidatar-se a qualquer emprego e não haveria outra distinção que virtude e talento e nenhuma superioridade a não ser aquela que a lei garantisse no exercício da função pública. Ele incorporou à Constituição um artigo que preservava os direitos de todos os proprietários ausentes da colônia, “por qualquer razão que fosse” exceto se estivesse na lista dos emigrados proscritos na França. No mais, Toussaint concentrava todo o poder em suas próprias mãos.

(...)

Excessiva importância tem sido dada à Constituição. Era apenas a materialização formal da posição para a qual Toussaint se movia firmemente desde a expulsão de Hédouville. O método que usou para publicá-la foi misterioso, como sempre. Convocou uma assembléia de brancos e mulatos para preparar o documento. Então deixou-os com essa tarefa e saiu para capturar a São Domingos espanhola. Quando voltou, a Constituição já estava pronta. Ninguém sabia o seu conteúdo exceto ele e a sua assembléia. Ele, repentinamente, disse a Vincent que lhe daria permissão de partir para a França se levasse a Constituição para Bonaparte. Vincent concordou, porque não parecia haver outra oportunidade para partir. Toussaint disse-lhes para ir a Gonâives e despedir-se de madame L'Ouverture, uma vez que Vincent era muito amigo da família. Assim que Vincent partiu, Toussaint publicou a Constituição, em julho de 1801.”⁸²⁶

⁸²⁶ JAMES, C.L.R.. Os Jacobinos Negros. Toussaint L' Ouverture e a Revolução de São Domingos. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 241-243.

Ainda assim, do ponto de vista constitucional, como escreve Susan Buck-Morss, a Revolução do Haiti elevou a história universal ao mais alto nível até então conhecido, apesar de suas contradições:

“A Constituição de Toussaint L'Overture de 1801, sem qualquer dúvida, levou a história universal ao mais alto ponto de progresso ao estender o princípio da liberdade a todos os residentes independentemente de sua raça, inclusive aos refugiados políticos de qualquer lugar que buscavam asilo contra a escravidão, obrigando os Jacobinos franceses (pelo menos temporariamente) a seguirem a sua liderança. Este ponto final na condição de escravidão, no entanto, não pode ser superestimado. A permissão para a prática da tortura e de brutalidade físicas de todo tipo passa agora a ser negada. O status jurídico, a condição jurídica, portanto, importava. Mas a experiência haitiana também ensinou à Europa uma lição bastante diversa; a de que o trabalho livre não precisaria ser trabalho indisciplinado, bem como que a eliminação constitucional da segregação racial não impediria a manutenção das hierarquias sociais de cor da pele e de classe, na medida em que a superioridade dos mulatos e os privilégios concedidos pelo Estado tornaram-se características permanentes da sociedade haitiana. Nem Louverture, nem Dessalines desejavam outra coisa senão a continuidade do sistema de trabalho da plantation, empregando agora homens livres como trabalhadores assalariados, mas ainda movido pela produção máxima com vistas à exportação. O modelo era o da disciplina militar que já havia demonstrado a sua capacidade de organizar os escravos insurgentes. Escreve Dubois, “a figura do escravo viril (male slave) transformado em soldado foi crucial para a conformação da emancipação no Caribe francês, onde o serviço militar seria o reino no qual a liberdade era mais acessível aos ex-escravos.” Conquanto isto possibilitasse alguma mobilidade social independente da origem, do background, também fornecia a legitimação ideológica para a contínua exploração do trabalho nas plantations, um sistema que veio a ser denominado “militarismo agrário” (caporalisme agraire). Nas Américas a estratificação social tornou-se integrada à ideologia da independência colonial. Assim, a história não é somente acerca da virtude do Haiti e do pecado da Europa. Há um lado obscuro em ambas as experiências da modernidade.”⁸²⁷

⁸²⁷ “Sob o título VI da Constituição de 1801 de Toussaint está consagrado que: “sendo a colônia essencialmente agrícola, ela não pode sofrer a menor quebra na operação de suas *plantations* cada uma das quais é uma ‘manufatura’ que requer o esforço conjunto dos *planters* e dos

A contradição fundamental estava no fato de que, assim como a Revolução Francesa, a Revolução Haitiana enunciou e conteve a igualdade conquistada pela liberdade. A liberdade enunciou o primado da igualdade racial, mas no curso das contradições de um Estado Revolucionário isolado diante de um mundo escravista levou a igualdade formal até o limite da igualdade formal do ponto de vista racial, antes impensada no imaginário iluminista. Porém, a igualdade racial era, do ponto de vista revolucionário, uma igualdade real que foi contida na solução formal, o que não significa que ela tenha desaparecido, quer no descontentamento dos haitianos ex-escravos com o curso da Revolução quer na própria fórmula de seu enunciado. De um lado, o Haiti representou a origem jurídica de uma luta social e os limites históricos de seu tempo. Resgatar o fato de que a igualdade racial não decorreu simplesmente da igualdade à francesa, sequer da revolucionária, é resgatar o potencial transformador da fórmula igualdade racial quando lida a partir da liberdade, vale dizer da sua conquista a partir das lutas políticas daqueles sujeitos que foram negados no curso da história e que, ao mesmo tempo, inscrevem-se nessa história.

Parte do silêncio sobre a conquista da igualdade racial induz ao silêncio sobre o seu malogro, ou melhor sobre suas potencialidades como forma constitucional. Esse silêncio constrói-se também com a projeção de imagens sobre a Revolução Haitiana que, tal qual a Revolução Francesa, foi objeto de representações opostas, mas que induziram, ao final, a imagem do medo. Medo porque capaz de sintetizar num só lugar o afastamento da culpa política, de organizar a reação contra a conquista da igualdade e de desqualificar os negros como agentes de sua história.

A propósito Jeremy Popkin analisou a literatura do período sobre as imagens da Revolução Haitiana, dividindo-a em três modelos de narrativas.

De um lado, a "publicidade produzida pelos colonizadores brancos recicla uma interminável litania, que generaliza os atos de violência dos negros", "explosão cega de violência destrutiva", embora temperada com "anedotas sentimentais sobre

trabalhadores." Este foi o começo do "militarismo agrário", um sistema de trabalho controlado (*a system of regimented labor*) que com a Constituição de Dessalines permaneceu basicamente intacto (ver Fischer, *Modernity Disavowed*, p. 266-67). A política externa de Toussaint adotou o internacionalismo revolucionário da Gironda. Tanto ele quanto Dessalines invadiram o vizinho Santo Domingo para libertar os escravos, um ato de internacionalismo revolucionário comparável aos da política externa da Gironda e do próprio Napoleão. Toussaint tinha planos de transformar a parte ocidental de Santo Domingo (em que predominavam pequenos fazendeiros independentes) em *plantations*, com forças de trabalho controladas, disciplinadas, consoante o modelo do militarismo agrícola." BUCK-MORSS. Hegel, o Haiti e a História Universal. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, p. 37.

escravos que permaneceram leais a seus mestres”. De outro, “panfletos publicados pelos partidários da igualdade racial, na França, idealizavam as virtudes dos “novos cidadãos”, emancipados pelos decretos revolucionários”, os quais apontavam para a “idéia da existência de uma única reação branca, para o levante”. Por fim, uma vasta “literatura de brancos, escrita na primeira pessoa”, por proprietários e administradores de fazendas, que conhece “com o desenvolvimento do gênero moderno de auto-biografia” e “com a criação de uma noção moderna e secularizada de mudança histórica”. Para o autor, estes relatos “mostram que os insurgentes estavam construindo uma contra-sociedade, na qual os brancos seriam instrumentalizados para servir aos propósitos dos membros da outra raça”, estratégia semelhante à utilizada pelos próprios brancos. Por sua vez, a sobrevivência desses biógrafos “demonstra que os insurgentes não matavam automaticamente todos os brancos que capturavam”.⁸²⁸

Das imagens recicladas nos anos posteriores se construiu o mito da reação animalésca de negros escravos contra os seus senhores, da oposição racial entre brancos e negros. Vale dizer, ao invés de incluí-la nas contraditórias lutas pela liberdade e igualdade, a revolução foi racializada. Um argumento comum nos relatos era a surpresa com a ação militar empreendida pelos escravos negros, fato que se repete em outras revoltas. Nada de irracional na ação militar haitiana. L'Ouverture, como demonstram as narrativas elaboradas por brancos, atuou de forma estratégica diante da simples inexistência de um poder capaz de se opor as elites brancas européias. Não poderia haver futuro para o Haiti, como não houve, se ele fosse retratado como uma ameaça ao capitalismo europeu, as decisões tomadas pelo líder haitiano dão prova dessa consciência de que era necessário transigir.

De qualquer modo, a Revolução Haitiana foi uma revolução jacobina em que os sujeitos da ação revolucionária não eram apenas trabalhadores explorados. Como sintetizam Elton Batista da Silva & Ana Loryn Soares:

“A Revolução haitiana se transformara no maior movimento negro de rebeldia contra a exploração e a dominação colonial das Américas. O caso do Haiti se torna singular, único a todo o continente. O país foi a primeira colônia latino-americana a

⁸²⁸ POPKIN, Jeremy D.. Uma revolução racial em perspectiva: relatos de testemunhas oculares da Insurreição do Haiti. *Varia hist.*, Belo Horizonte, v. 24, n. 39, junho 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752008000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: dez. 2010. doi: 10.1590/S0104-87752008000100014.

conseguir a independência e abolição da escravatura sendo que todo processo de revolução e libertação foi conduzido pelos próprios escravos, estes conseguiram, além de realizar a libertação de seu país, realizar também, a própria libertação. O acontecimento singular derruba por terra a idéia defendida à época pelas potências imperialistas de que as populações negras não pudessem se organizar por si só. Com a Revolução, o Haiti se torna a primeira república negra do mundo.”⁸²⁹

O uso da forma constitucional demonstrava o seu caráter moderno, era o povo soberano que instituía uma nova soberania. Porém, a tentativa de restabelecer o vínculo com Napoleão pode ser comparada a tentativa americana de restabelecer os direitos de integrantes da sociedade inglesa, de povo inglês. A preocupação dos jacobinos negros de falarem em nome da Revolução Francesa que já tinha se encerrado justificava-se pelo fato de que somente com ela haviam sido reconhecidos como parte integrante do império francês. De fato, no curso da revolução, o fim da escravidão tinha sido decretada em nome da igualdade, e é importante notar o peso da palavra igualdade naquele momento.⁸³⁰ O fim da escravidão deveria ser decretado em nome do tratamento indistinto que se opunha as formas estatamentais. Os homens eram iguais, estavam apenas subjugados. A Revolução

⁸²⁹ SILVA, Elton Batista da; SOARES, Ana Loryn. A Revolução do Haiti: Estudo de um Caso. In: Ameríndias, ano 1, vol.1. Disponível em: http://www.amerindia.ufc.br/Amerindia/index.php?option=com_content&view=article&id=71:test&catid=34:vol1&Itemid=55.

⁸³⁰ Na França a abolição coincidiu com a atuação jacobina: “A primeira tarefa do regime jacobino foi mobilizar o apoio da massa contra a dissidência dos notáveis e girondinos provincianos e preservar o já mobilizado apoio da massa dos sansculottes de Paris, algumas de cujas exigências por um esforço de guerra revolucionário -recrutamento geral (o levée en masse), terrorismo contra os “traidores” e controle geral dos preços (o “maximum”) - coincidiam de qualquer forma com o senso comum jacobino, embora suas outras exigências viessem a se mostrar problemáticas. Uma nova constituição um tanto radicalizada, e até então retardada pela Gironda. foi proclamada. De acordo com este nobre documento, todavia acadêmico, dava-se ao povo o sufrágio universal, o direito de insurreição, trabalho ou subsistência, e - o mais significativo - a declaração oficial de que a felicidade de todos era o objetivo do governo e de que os direitos do povo deveriam ser não somente acessíveis, mas também operantes. Foi a primeira constituição genuinamente democrática proclamada por um Estado moderno. Mais concretamente, os jacobinos aboliram sem indenização todos os direitos feudais remanescentes, aumentaram as oportunidades para o pequeno comprador adquirir as terras confiscadas dos emigrantes e - alguns meses mais tarde - aboliram a escravidão nas colônias francesas, a fim de estimular os negros de São Domingos a lutarem pela República contra os ingleses. Estas medidas obtiveram os mais amplos resultados. Na América, ajudaram a criar o primeiro grande líder revolucionário independente, Toussaint-Louverture.

Na França, estabeleceram essa cidadela inexpugnável de pequenos e médios proprietários camponeses, pequenos artesãos e lojistas, economicamente retrógrados, mas apaixonadamente devotados à Revolução e à República, que tem dominado a vida do país desde então. A transformação capitalista da agricultura e da pequena empresa, a condição essencial para um rápido desenvolvimento econômico, foi reduzida a um rastejo, e com ela a velocidade da urbanização, a expansão do mercado doméstico, a multiplicação da classe trabalhadora e, conseqüentemente, o ulterior avanço da revolução proletária.” HOBBSAWM, Eric J. A Era das Revoluções 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981, p. 50.

haitiana não identificava emancipação dos escravos com saída do domínio dos senhores, mas como igualdade civil e política. Ela marcava um lugar negro na América.⁸³¹

As lutas dos escravos nos EUA, no contexto da Era das Revoluções, demonstram esse apelo, inusitado para os construtores do sistema escravista, seguido ao longo das rebeliões negras nas Américas. Os negros, por meio da retórica da cultura ocidental, reivindicaram um lugar nas novas sociedades, e negaram a condição de apátridas, estrangeiros, vida nua. Esse lugar era também de uma universalidade. Não por acaso, uma das vigas estruturantes do racismo das décadas posteriores será a delimitação da condição de estrangeiro que se projeta na categoria de liberto ou em políticas imigrantistas que, quer do ponto de vista prático quer do ponto de vista ideológico, tratam os negros como indesejáveis ou prejudiciais à construção da nacionalidade.

Como anota Eugênio Genovese, a propósito do caso americano:

“Não poderemos entender a escolha feita por aqueles negros, anteriormente à guerra de secessão, que rejeitavam a colonização africana e ainda assim repudiavam os Estados Unidos a fim de viver no Canadá ou na Inglaterra, ou a daqueles que trabalharam em prol da criação de um grande império “Afro-Saxão” no Caribe. Os escravos, por mais ignorantes e analfabetos que fossem em geral, perceberam a questão pelo menos tão bem quanto os outros, pois sua própria história de luta contra a escravização, no interior da maior democracia burguesa do mundo, levou-os a reconhecer a relação entre liberdade do indivíduo, proclamada ao mundo pelo cristianismo e a democratização da revolução burguesa, que estava transformando aquela idéia profética numa realidade.”⁸³²

⁸³¹ Cem anos depois o movimento abolicionista brasileiro e a memória nacional fala sobre a escravidão em nome de uma liberdade. O fim da escravidão é o fim do cativo. O fim da escravidão se confunde com a idéia de sair de um determinado local, torna-se uma metáfora topológica. A igualdade jacobina, e mesmo a igualdade burguesa, era mais do que isso, era o fim do privilégio. O fim da escravidão para os haitianos era o fim de privilégios injustificados. No curso do século XIX, o discurso contra o tráfico negreiro e a escravidão será capaz de defender a liberdade do escravo, mas não sua igualdade jurídica. Ao contrário, a igualdade jurídica é retratada como improvável, pois decorrente da desigualdade natural. Em outras palavras, a metáfora da condição de escravo como prisioneiro fazia da bandeira abolicionista a abertura das portas da prisão do cativo escravista não em direção à liberdade com igualdade, mas em direção às prisões da repressão policial e da marginalização racial.

⁸³² GENOVESE, Eugene Dominick. Da Rebelião à Revolução: as revoltas de escravos negros nas Américas. São Paulo: Global, 1983, p. ?

Alguns elementos da Revolução Haitiana marcaram as relações de poder entre brancos e negros nos séculos seguintes, ou seja, à reação, inclusive por prevenção, à atuação dos negro: o vínculo entre cultura diaspórica de matriz africana e insurgência escrava⁸³³ e o vínculo entre abolicionismo e internacionalismo, eles redefiniram o lugar das tradições.

O primeiro referia-se, em síntese, a seguinte questão: Como demonstrou Michel Foucault, um trabalhador não nasce trabalhador, é preciso discipliná-lo. A classe operária não nasceu operária, foi preciso inventá-la. De igual modo, a fórmula iluminista de que todo homem nasce livre adquire um sentido bem mais concreto. Um escravo moderno, não nascia escravo, mas resultava de um disciplinamento, de uma invenção. Essa invenção teria como resultado apenas o desejo de seus arquitetos?

Muito embora haja a tentativa de atribuir a condição de escravo a uma condição de escravizado na África, a condição de escravo moderno, sua inclusão num mercado mundial como coisa, bem como todas as técnicas de controle que são inventadas neste processo, são distintas das formas tradicionais de escravidão.

Como afirma Vainfas,

“A referência básica que o sistema dava ao africano para a sua socialização era de natureza dupla: a condição de escravo, com todas as exigências que tal condição acarretava, e a condição de negro, comum aos escravos, submetidos todos a senhores brancos. A construção pragmática da idéia de negro, identificada à situação de escravo, articulava, assim, o processo de integração dos africanos para além de suas origens culturais. Foi com base na representação etnográfica que o escravismo compôs a sua “linguagem” particular: a idéia de negro, invenção da situação colonial, convertia o racismo na viga mestra da ordem social escravista.”⁸³⁴

Antes de serem negros, os escravos eram integrantes de comunidades africanas, era delas que saía a referência básica de sua existência. A captura, a venda pública, o navio negreiro, a expatriação, a convivência com desconhecidos em cultura e língua, os mecanismos de coerção e violência eram imprescindíveis para a invenção moderna de um corpo que se pretendia reduzir a força de trabalho.

⁸³³ Elemento desconsiderado por Susan-Buck-Morss, mas presentes nos retratados racistas dos comportamentos dos escravos como representantes de práticas “animistas”, “fetichistas”, “religiões primitivas” etc.

⁸³⁴ VAINFAS, Ronaldo. Ideologia e escravidão: os letrados e a sociedade escravista no Brasil Colonial. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 35.

Se a condição de homem livre espelhou na sociedade capitalista uma opressão mais sutil, e por isso mais difícil de ser combatida, a condição de negro escravo também era diversa porque não se valia de mecanismos sutis de disciplinamento, mas de um processo intenso de ataque aquilo que os modernos chamariam de identidade e ao pertencimento a uma comunidade.

Excepcionalmente, no processo de escravização, as distinções entre os povos africanos, também podiam ser preservadas, não em nome do respeito às suas tradições culturais, mas com a mesma finalidade de fragmentação simbólica da identidade gerada no processo de escravização e administração destas identidades como estratégia política⁸³⁵, bem como de afastamento de uma “cultura universalista”.

O processo de destribalização e a permanência das identidades dos grupos africanos não foram uniformes e seus efeitos variaram. Como regra, as revoltas escravas provocavam o julgamento prático de que deveriam ser evitados uma relação muito desproporcional entre negros escravos/libertos e brancos e, de igual modo, um número muito elevado de escravos de mesma procedência cultural, falando a mesma língua. Porém, em outros casos, a destribalização era percebida como perigosa pelas autoridades, que estimulavam fricções intertribais e evitavam, desse modo, a consciência de um destino comum.⁸³⁶ Ao mesmo tempo, as designações de grupos com uma origem comum, tenderam também a estabelecer referências ao próprio processo de escravização, não sendo incomum que a designação fosse dada pela região do porto de origem, e que, por outro lado, grupos tribais diversos, mas com proximidades, passassem a conviver antes da chegada às Américas. Logo, o que estava em questão era a possibilidade de gerir as antigas, mas, sobretudo, as “novas identidades” para garantir a construção da condição de negro-escravo.

Num ambiente rural, como se afirmou anteriormente, controlado pelo isolamento – vencido aos poucos pela construção de quilombos e pela urbanização – a fragmentação identitária e a submissão à pedagogia da força da catequese, sobretudo fora das zonas portuárias era a regra. Entretanto, as trocas culturais no Atlântico Negro e a urbanização demonstraram a possibilidade de construção de novas formas de interação.

⁸³⁵ FREITAS, Décio. *Os Guerrilheiros do Imperador*. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 48; MOURA, Clóvis. *Rebeliões da senzala*. São Paulo: Ciências Humanas, 1981, 13-14.

⁸³⁶ MOURA, Clóvis. *Rebeliões da senzala*. São Paulo: Ciências Humanas, 1981, p. 17-18.

Enfim, o primeiro elemento inesperado na Revolução Haitiana revela que a invenção do ser escravo não era um processo sem contradições. Ele reside no fato de que o elemento cultural, tanto as crenças quanto a organização religiosa, funcionou como um articulador explosivo. Como anotam Elton Batista da Silva & Ana Loryn Soares:

“A cultura preservada da África no Haiti funcionou como um elemento homogeneizante, capaz de fornecer as bases de pertencimento e identificação orientadora da luta, o que pode ser percebido, também, através de trechos do Hino Nacional do Haiti, no qual o passado e os ancestrais, base da crença vuduísta, são evocados: “Pour le pays, pour les ancêtres, Marchons, marchons, marchons unis, Pour le pays, pour les ancêtres (...), Notre passé nous crie (...)”.⁸³⁷

A liberdade hatiana provocou a defesa de uma forma de pertencimento que não pode ser simplesmente remetida a uma reprodução das identidades culturais dos povos africanos, embora ela fosse um apelo importante. Era uma reconstrução, uma invenção, um destino comum, uma cultura de novas fronteiras, transatlântica, que deveria saber viver a deriva, sem poder voltar à África ou fugir para a Europa e que, ao mesmo tempo deveria estabelecer pontes entre a África e a América. A prova do caráter explosivo dessa situação pode ser avaliada pelo esmero com o qual as práticas religiosas dos negros foram retratadas negativamente pela ciência europeia nas décadas subseqüentes e, mais particularmente como o projeto disciplinador escravista valeu-se da religião cristã. Demonizadas e patologizadas, na cultura de massa contemporânea, práticas culturais, como o vodu hatiano, mantêm-se impregnadas de representações negativas e ao mesmo tempo ameaçadoras.

Em outras palavras, a reconstrução cultural dos africanos escravizados nos quadros da diáspora serviu como modo de resistência ao domínio colonial. A tradição cultural aderiu e catalizava, em parte, a idéia moderna de revolução, mas, sobretudo, mantinha-se no plano de uma resistência do cotidiano. Como isso se tornou possível? A resposta, proposta por Muniz Sodré, deveria ser buscada na própria estrutura da cultura de várias comunidades africanas de onde os escravos eram trazidos. Quer no uso das tradições cristãs ou na forja de novas manifestações

⁸³⁷ SILVA, Elton Batista da; SOARES, Ana Loryn. A Revolução do Haiti: Estudo de um Caso. In: Ameríndias, ano 1, vol.1. Disponível em: http://www.amerindia.ufc.br/Amerindia/index.php?option=com_content&view=article&id=71:test&catid=34:vol1&Itemid=55.

religiosas africanas locais estaria a estrutura da Arké capaz de integrar as contradições.⁸³⁸

O segundo elemento eram as contradições de um movimento abolicionista dentro e fora da Europa, antes e depois da Revolução Haitiana que podem ser considerados em três níveis. O primeiro era o fato que a Revolução Haitiana provocou um "processo de libertação que associava as idéias de liberdade e de igualdade, enveredando pela via da independência". Ela demonstrava empiricamente que mesmo uma nação pequena poderia assumir uma posição reivindicante diante das soberanias européias. O segundo estava no fato de que os haitianos passaram a atuar como agentes decisivos na destruição do escravismo.⁸³⁹ Desde logo, a presença de haitianos era percebida como um risco a ordem que deveria ser evitado.⁸⁴⁰ Tais fatos reforçavam o medo de insurreições em cadeia em toda a América. Como sintetiza Oruno D. LARA:

"Durante o decênio 1798-1807, antes da Inglaterra lançar a sua cruzada contra o tráfico negreiro transatlântico, Haiti combateu sozinho o tráfico negreiro no Mediterrâneo das Caraíbas, perseguindo os navios portugueses, espanhóis ou cubanos e libertando carregamentos de cativos africanos. De 1795 a 1800, sublevações de escravos minaram as possessões espanholas. Na Venezuela, os insurrectos de Coro, em Maio de 1795, reclamavam a "lei dos Franceses", a abolição da escravidão. Rebeliões de escravos desencadearam-se nas plantações da

⁸³⁸ SODRÉ, Muniz. O terreiro e a cidade: a forma social do negro-brasileiro. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 97-100.

⁸³⁹ "Os Haitianos também desempenharam um papel importante no avanço, na Guadalupe e na Martinica, de 1804 a 1848, do processo de destruição do sistema escravocrata. O mesmo ocorreu com a rebelião de 1808 na Guiana Inglesa e com a dos escravos de Demerara de 1823, bem como com outras insurreições que surgiram na Jamaica (1831-1832) e em Porto Rico, durante a primeira metade do séc. XIX." LARA, Oruno D. A influência da Revolução Haitiana nas Caraíbas-Américas. In: UNESCO/STENO, Katerina (editora). Lutas contra a Escravidão: Ano Internacional de luta contra a escravidão e de sua abolição – 2004. Paris: UNESCO, 2004, p. 48. Disponível em: <http://www.unesco.org/culture>.

⁸⁴⁰ "Nos Estados Unidos, a chegada dos Haitianos incitou as autoridades a reforçarem o sistema escravocrata, o que provocou numerosas revoltas de escravos, em particular na Luisiana, e a heróica resistência de Gabriel Prosser (1800), Denmark Vesey (1822) e Nat Turner (1831). Na Venezuela, Francisco de Miranda, em Fevereiro de 1806, e Simon Bolívar em Dezembro de 1815-Janeiro de 1816 e posteriormente em Outubro-Dezembro de 1816, receberam uma ajuda determinante de Haiti. O Presidente Pétion pediu a Bolívar "a liberdade geral de todos os escravos da província da Venezuela". O governo haitiano aceitou também fornecer armas e munições aos Mexicanos conduzidos pelo General Mina em Setembro de 1816 e à Colômbia em Setembro de 1820. Por fim, após a abolição da escravidão nas colônias francesas de 1848, "novos livres" adotaram como modelo a revolução Haitiana para preconizar a independência da Guadalupe. LARA, Oruno D. A influência da Revolução Haitiana nas Caraíbas-Américas. In: UNESCO/STENO, Katerina (editora). Lutas contra a Escravidão: Ano Internacional de luta contra a escravidão e de sua abolição – 2004. Paris: UNESCO, 2004, p. 48. Disponível em: <http://www.unesco.org/culture>.

Luisiana em 1794-1795. Em Cuba, de 1810 a 1812, a conspiração de José Antonio Aponte em Havana adotou Haiti como modelo.”

Nesse sentido, a relação entre França Revolucionária e a Revolução do Haiti encontram-se também na redefinição das relações políticas internacionais, sobretudo na política do neocolonialismo do século XIX capitaneada pela Inglaterra que veio acompanhada da virada da Inglaterra em direção à proibição do tráfico negreiro, que se estabelece após a derrota dos ingleses por Toussaint L'Ouverture.

841

O terceiro era o fato de que a Revolução do Haiti demonstrou, como apontou Susan Buck-Morss a consciência da necessidade de encontrar uma solução para o trabalho escravo, ou melhor, o risco inerente as formas compulsórias de trabalho que também não se circunscreviam mais às disputas locais, e, ao mesmo tempo, o fato de que o trabalho livre poderia ser executado com as populações deslocadas para as Américas. Este fato também demonstrava a sua viabilidade no interior da Europa onde o trabalho era alvo de intensas regulamentações, muitas das quais serviam para preservar a mão-de-obra. A idéia de liberdade e trabalho livre passou a ter um significado contraditório. Poderia significar libertar o trabalhador da condição de escravo e libertar o capital do ônus das regulamentações protetoras do trabalhador. Os dois processos à época não eram vistos como tão contraditórios. Não por acaso, a libertação do trabalho escravo pode receber o apoio de capitalistas preocupados com o fim das regras de controle sobre o trabalho, capazes, na prática,

⁸⁴¹ Como relata C.L.R. James, após a expulsão dos ingleses, o representante da Inglaterra assinou um tratado com Toussaint L'Ouverture em que se garantia a defesa contra a França e "já posavam como autores da 'feliz revolução'" A propósito, após o representante inglês, Maitland, deixar São Domingos em novembro de 1798, no dia 12 de dezembro a seguinte notícia foi publicada *London Gazette*: "Toussaint L'Ouverture é um negro e, no jargão da guerra, tem sido chamado de bandoleiro. Mas, segundo todos os relatos, é um negro nascido para justificar os clamores de sua espécie e mostrar que o caráter dos homens é independente de sua cor superficial. Os recentes acontecimentos em São Domingos logo chamarão a atenção do público. Parecem que eles foram calculados para agradar todos os partidos. É um ponto importante resgatar aquela formidável ilha das garras do Diretório, pois, caso esse torne a encontrar um lugar onde firmar os pés, passará a ameaçar incansavelmente, e talvez até a tomar de assalto, a favorita de nossas possessões nas Índias Ocidentais; e, por outro lado, é também um ponto importante, para a causa da humanidade, que um domínio negro seja de fato constituído e organizado nas Índias Ocidentais sob o comando de um chefe ou rei negro. Aquela raça negra que a cristandade para a infâmia acostumou-se a degradar. (...) Todo britânico liberal sentirá orgulho de ver o seu país promover a feliz revolução (...)." JAMES, C.L.R. Os Jacobinos Negros. Toussaint L' Ouverture e a Revolução de São Domingos. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 209.

de instituir a nova escravidão na qual o trabalhador não poderia contar com a proteção do Estado e nada teria além da liberdade.⁸⁴²

Mesmo neste caso, a Revolução do Haiti foi uma metáfora para definir a relação de opressão que subsistiu, inclusive, ao discurso sobre a revolução proletária. Eric Hobsbawm transcreve a preocupação de um fabricante francês em 1931 com as revoltas proletárias:

“Todo fabricante vive em sua fábrica como os plantadores coloniais no meio de seus escravos, um contra uma centena, e a subversão de Lyon é uma espécie de insurreição de São Domingos. ...Os bárbaros que ameaçam a sociedade não estão nem no Cáucaso nem nas estepes tártaras; estão nos subúrbios de nossas cidades industriais. ...A classe média deve reconhecer claramente a natureza da situação e saber onde está pisando.”⁸⁴³

De igual modo, esses três níveis de internacionalização de percepções se relacionavam entre si, ou melhor, a Revolução do Haiti trouxe a consciência dos atores sociais a sua existência: Era preciso descolonizar, mas manter a dependência e a lucratividade das ex-colônias; era preciso abolir a escravidão sem provocar um abalo à ordem interna; era preciso aceitar a internacionalização de novos ideais quanto ao trabalho sem permitir a eclosão de revoltas por direitos à segurança no trabalho e distribuição de riquezas. A Revolução Haitiana marca a virada em direção ao neocolonialismo que significou a independência com dependência na escala produtiva e na política internacional e a vitória do abolicionismo inglês que significava um pacote de leis determinando a abolição lenta e gradual (proibição do tráfico, liberdade aos ilegais, liberdade aos sexagenários, liberdade aos nascituros etc), as quais tinham na figura do liberto, negro tutelado e vigiado, sub-cidadão o seu ponto de apoio. Ao invés de demonstrar apenas a chegada à liberdade, e portanto, a demonstração da vitória de um igualitarismo, a abolição gradual racializava a imagem do escravo-negro (violento, rebelde, infantil, preguiçoso) logo merecedor da tutela estatal negativa (repressão e controle) e do lugar inferior na estrutura social.

Apesar do quadro traçado, é preciso se afastar do caráter abstrato que pode adquirir ao observador contemporâneo aquele momento histórico, o que significaria

⁸⁴² BUCK-MORSS. Hegel, o Haiti e a História Universal. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009.

⁸⁴³ Saint-Marc Girardin, in Journal des Debata, 8 de dezembro de 1931, citado por HOBBSAWM, Eric J. A Era das Revoluções 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981, p.143.

atribuir finalidades ao devir histórico como se fosse inevitável a virada do colonialismo ao neocolonialismo. A importância do resgate da Revolução do Haiti, como demonstrou Susan Buck Morss, talvez esteja, justamente, na demonstração de que algo apresentado, depois de certo distanciamento, como uma tendência ou um projeto consciente pode resultar de situações criadas em contextos improváveis. Se há contradições visíveis ao observado no presente, demonstrando que elas deveriam eclodir em algum momento, a manutenção da escravidão por mais um século no Brasil é um exemplo seguro de que a escravidão era uma instituição moderna e vivaz. Aliás, a decadência da produção açucareira no Caribe em razão das Revoltas de Escravos foi um elemento importante na manutenção da lucratividade da produção brasileira, servindo, portanto, para o reforço temporário dessa instituição. As contradições não param aí. Se a Inglaterra difundia seu pacote de leis anti-escravistas e a França de Napoleão tentou a reescravização, não obstante, com a invasão francesa em Portugal, o Brasil escravista se alinha com a Inglaterra, ao invés de se filiar a uma política mais coerente com o bonapartismo e chegada da família real torna-se decisiva na construção de uma burocracia local que servirá de reforço ao escravismo.

Entretanto, uma das dimensões trazidas à consciência com a Revolução do Haiti, a da insurgência escrava interessa de forma peculiar, pois ela reside na confusão comum entre dizer que os escravos eram tratados como mercadorias ou coisas e o fato de que comportassem como tais. A metáfora da liberdade hegeliana pode, neste sentido, mais obscurecer e reforçar esteriótipos do que apresentar possibilidades de diálogo com o passado. O que a Revolução do Haiti trouxe foi a transformação em um processo histórico de uma nova dimensão para a subjetividade dos escravos, a dimensão constitucional, a possibilidade de um reconhecimento público da Europa, das Colônias e de seus iguais de que a condição de escravo não era idêntica a condição de negro. Essa imagem do negro como cidadão constitucional é o elemento central negado nas formas de reação à participação política dos negros.

Todavia, antes daquele momento, as subjetividades nunca deixaram de existir, ou melhor, resistir. As relações de poder, mesmo entre senhores e escravos nunca foram relações entre sujeitos e objetos. O processo de escravização apresenta-se na coisificação como uma tendência, manifestada em práticas e

representações que constituem um processo de transformação marcado por contradições. Porém, entre ser tratado como coisa e transformar-se numa há uma diferença considerável. A propósito, Agnes Heller afirmava que a não adaptação a formas impostas de socialização é a prova mais contundente da humanidade.⁸⁴⁴

O terceiro elemento diz respeito à condenação do escravismo como uma experiência de violação da condição humana. Susan Buck-Morss sugere que os absurdos cometidos durante o escravismo somente não são mais surpreendentes porque o Totalitarismo utilizou métodos semelhantes na Europa. Eugênio Raul Zaffaroni lembra que a deslegitimação de teorias raciais somente ocorreu, embora fossem disseminadas para justificar as atrocidades contra os não-europeus, foram utilizadas no interior da Europa na Segunda Guerra Mundial.⁸⁴⁵ O surpreendente é que fatos próximos são tratados pela historiografia e pela política hoje sob perspectivas morais distintas, muito embora, a repressão promovida por Napoleão aos povos do Caribe somente seja comparável ao Holocausto judeu produzido por Hitler um de seus admiradores⁸⁴⁶

A distinção pode ser buscada no fato de que a produção das teses raciais produzidas pela ciência, não o racismo como prática que é inseparável do escravismo moderno, coincide com o acirramento das lutas em torno da escravidão cujo marco é a Revolução do Haiti. Há um paradoxo que é apenas aparente na enunciação de um discurso elaborado sobre as desigualdades das raças ser coincidente com o momento em que a escravidão deixa de ser um destino inevitável dos negros. Isso porque onde as hierarquias são naturalizadas não há necessidade de um investimento discursivo de maior envergadura.⁸⁴⁷ Nesse sentido, o caso brasileiro, deveria servir de exemplo negativo, pois tendo mantido a escravidão ilegítima e ilegal até 1888 há quem suponha não haver racismo nesse

⁸⁴⁴ HELLER, Agnes. O Cotidiano e a História. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

⁸⁴⁵ Antes de continuar a demarcar essa contradição, é preciso deixar explícito que a violação da dignidade humana sob os regimes totalitários são violações incontestes dos Direitos Humanos sobre as quais não aqui não paira qualquer dúvida.

⁸⁴⁶ A repressão promovida por Napoleão aos povos do Caribe somente é comparável ao Holocausto judeu produzido por Hitler um de seus admiradores. Veja-se: RIBBE, Claude. Os Crimes de Napoleão. Atrocidades que Influenciaram Hitler. Rio de Janeiro: Record, 2008.

⁸⁴⁷ Alex Tocqueville percebeu essa contradição nos EUA, ao afirmar que: "o preconceito racial parece ser muito mais intenso nos estados que aboliram a escravatura do que naqueles em que ela ainda existe, e em parte alguma é tão intolerante quanto nos estados em que nunca se conheceu a escravidão." TOCQUEVILLE, Alex, citado por JACOBSON, Matthew Freye. "Pessoas brancas livres" na República, 1790-1840. In: WARE, Vron. Branquidade – Identidade branca e multiculturalismo. São Paulo: Garamond.2004, p 79.

comportamento, muito embora a difusão do racismo científico no país coincida com os anos finais da escravidão e as primeiras décadas da República (1870-1930), justamente o período em que a desigualdade já não poderia ser sustentada da forma como foi durante mais de três séculos. Se "o paradoxo entre o discurso da liberdade e a prática da escravidão marcou a ascendência de uma série de nações ocidentais na primeira economia global moderna"⁸⁴⁸, o paradoxo brasileiro sugere que o transplante da burocracia colonial, instaurou, de modo mais presente a naturalização das hierarquias raciais, de tal modo que somente no século XIX esta contradição poderia surgir.

5. Conclusão: Existe Lugar para os Povos da Diáspora Negra no Constitucionalismo?

A reação aos povos constituintes da Era das Revoluções percorreu caminhos diversos e contraditórios. Na medida em que as transformações não eram apenas na Europa, os intelectuais dos países centrais viveram e associaram os acontecimentos de além mar em seu discurso e a ação política. Mantiveram-se a meio caminho entre a defesa de princípios do ponto de vista universal e a defesa de princípios a partir das relações de domínio colonial. Esse meio caminho, ou melhor, essa fronteira, foram, de um lado, as teorias raciais e as novas estratégias do neocolonialismo, negando a universalidade de princípios e, de outro, da construção da fronteira da Nação como expressão da supressão da participação popular e justificativa para a violação por parte do Estado dos Direitos Fundamentais, bem como o aniquilamento das histórias das lutas locais. Não por acaso, como se verá adiante, o discurso nacional reencontrou o discurso racial e vice-versa.

A reação estabeleceu uma consciência crescente de que a liberdade dos europeus dependia de instituições fortes capazes de garantir relações de domínio no plano nacional e internacional. Essas instituições somente foram construídas na medida em que, como se disse antes, os novos Estados europeus integravam-se ao neocolonialismo. O olhar coletivo para o qual a exterioridade das fronteiras estatais é uma diferença, ocultava o fato de que se tratava de interesses envolvendo classes sociais locais que mantinham relações mundiais não apenas de confronto, mas, ao

⁸⁴⁸ BUCK-MORSS. Hegel, o Haiti e a História Universal. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, p. 09.

contrário, de convergência com interesses de outras elites locais. Daí uma universalidade capaz de manter a aparente contradição na interpretação do princípio da liberdade. Escravidão no mundo e no mundo vivido, não apenas, como argumentou Susan Buck-Morss, escravidão como retórica iluminista. A Liberdade vencida foi concreta, não apenas abstrata. Porém, a Liberdade que suprimirá a escravidão e garantirá a desigualdade de fato entre os sujeitos, reorganizando categorias jurídicas como a de liberto ou de cidadão incapaz foi aquela que se inscreveu na memória jurídica das interpretações constitucionais. Liberdade dos proprietários versus liberdade dos escravos. Liberdades daqueles que representavam o ideal de branquitude versus liberdade daqueles que foram racializados. Todavia, essa outra liberdade (que é, em parte a mesma) não deveria ser também interpretada?

É preciso, porém, desatar alguns nós. A transformação da liberdade de domínio em racismo científico, ou melhor, a construção de discursos que, sob o rótulo de ciência, defendiam a existência de desigualdades naturais, insuperáveis pela imposição de leis gerais foi um caminho longo. As teorias raciais, consideradas de forma mais detida nos capítulos seguintes, foram uma das respostas construídas nas relações de domínio colonial dadas ao constitucionalismo e a democracia na periferia. A diferença precisava ser social, antes que jurídica, na medida em que se constituía um direito burguês, ainda que nacional, cada vez mais mundial, em sua estrutura de garantia dos interesses da burguesia como classe universal.

A proximidade do surgimento das teorias raciais, uma segunda forma de compreensão da relação Europa resto do mundo, com o contexto da Era das Revoluções não é apenas temporal. Se os povos originários das Américas e os povos da África já haviam sido integrados discursivamente pelas diversas ideologias coloniais expressas nas disputas em torno da tradição, não demoraria para a ciência moderna, também filha da escravidão e do colonialismo, reformular o debate em torno da razão e, com isso preparar o campo para a contenção das lutas populares fora da Europa e, até mesmo das formas culturais desterritorializadas do Direito Natural e do Constitucionalismo modernos.

Um breve passeio nas teorias raciais indica que elas estavam preocupadas com a possibilidade do uso discursivo do Iluminismo e, especificamente das heranças revolucionárias francesa e americana, e sobretudo, Haitiana. A uma

porque a atitude de oposição ao preconceito e à tradição também poderia ser utilizado contra a pretensão de universalidade do localismo europeu. A duas porque as ideologias raciais recolocavam o problema constitucional, novamente, em termos medievais, da produção da ordem a partir de hierarquias naturais. A três porque as concepções igualitaristas colocavam em debate não apenas a igualdade entre indivíduos, mas entre soberanias no desenvolvimento de uma paz perpétua.

O risco contra o qual aqui se insurgem as teorias raciais é, em síntese, o de que as culturas locais pudessem ser pensadas em termos de modelos universalizantes ou integradores, que elas se organizassem sob formas revolucionárias de participação popular e passassem a produzir uma homogeneização horizontal das sociedades humanas, nas quais as relações econômicas de trocas desiguais entre centros e periferias não pudessem se reproduzir. Além do respeito a uma hierarquia entre centro de irradiação europeu que havia recém conquistado sua identidade por meio da apropriação e negação do resto do mundo, tratava-se, ao mesmo tempo, de reproduzir hierarquias específicas de Estados-soberanos que ocupavam a posição de centros de novas periferias. A ameaça à estabilidade decorria da emergência de processos populares, da possibilidade do uso da razão crítica contra a cultura européia, da reconstrução de culturas de fronteira e da resignificação dos direitos naturais na construção do constitucionalismo periférico.

É preciso aqui retornar ao tema: a vinculação entre liberdade política negra e medo. Onde a tradição pós-revolucionária passa a situar discursivamente os povos originários das Américas e da Diáspora Negra? Como afirma Tzvetan Todorov, citado no primeiro capítulo, havia duas componentes nas atitudes dos colonizadores para com os colonizados: a) ou ele os pensa como seres humanos “não somente iguais, mas idênticos”, o que desemboca no assimilacionismo ou na projeção de valores; b) ou “parte da diferença”, “traduzida em termos de superioridade e inferioridade”, “recusa a existência de uma substância humana realmente outra, que possa não ser meramente um estado imperfeito de si mesmo”. E conclui: “Essas duas figuras básicas da experiência da alteridade baseiam-se no egocentrismo, na identificação de seus próprios valores com os valores em geral, de seu eu com o universo; na convicção de que o mundo é um.”⁸⁴⁹

⁸⁴⁹ TODOROV, Tzvetan. A Conquista da América. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 7.

O lugar concebido para pensar as lutas políticas da periferia oscila, não por acaso, entre essas soluções.

A fórmula colonial, representada no exemplo do Padre Antonio Vieira, da redenção pelo sofrimento, em que o negro é vítima da história, seu destino é a conformação e sua insurgência o afasta da comunidade espiritual cristã. Sua condição de vítima articula-se com um discurso moral que faz da sensibilidade dos opressores ou de seus interesses econômicos a força propulsora das transformações históricas. O retrato da ação negra sobre o mundo exclui sua ação espiritual, porque não domina o mundo do trabalho ou porque é apenas irracional, contrária aos destinos de uma história inevitável. Por sua vez, o conformismo no mundo trabalho, ou melhor, para com toda a forma de opressão política, seria a possibilidade de encontrar uma recompensa em um mundo externo, espiritual, porém, desvinculado da ação no mundo real. A igualdade espiritual é sinônimo de submissão política e negação de sua condição de ser para si.

A fórmula do racismo biológico que atribui ao comportamento dos negros uma patologia orgânica, natural, em que a cultura não existe ou é apenas um sintoma. Fórmula inicialmente negada por Hegel, mas depois assumida como verdadeira. Fórmula neocolonial, da ausência de história que expulsa a insurgência negra para fora da realização do espírito, da razão, e, por consequência dos produtos políticos da cultura, como o Estado e a Sociedade Civil. Fala da existência de uma cultura para inferiorizá-la, e está mais próxima, como se verá, de um racismo cultural, ou seja, que conhece a cultura para negar o seu valor enquanto realização humana ou atribuir-lhe um peso diferente daquele oferecido ao padrão idealizado .

Essas duas maneira de pensar constituíram, como se verá no próximo capítulo: o abolicionismo gradual que significou, cidadania dividida com distinções raciais preservadas, que vê no negro ora o agente de uma violência injustificável ora a criança a ser tutelada e, portanto, “elevada” para a sua condição de submissão; a teoria restrita do liberalismo conservador que insistiu no papel do Poder Moderador como mediação necessária para construir a Nação pelo Estado e equilibrar as tensões entre interesses locais e manutenção da escravidão;

Em todas essas possibilidades os Povos da Diáspora não compõem uma história. São, quando muito, a integrantes da paisagem, a sombra do palco onde os verdadeiros atores se deslocam, as ruínas de um passado.

Bastaria dizer que os povos da diáspora negra estão onde sempre estiveram, desde o Iluminismo, no mundo da natureza, ora como maus selvagens ora como bons selvagens, mas jamais são considerados como articuladores de uma diferença e de uma universalidade irreduzíveis à redução do olhar do outro. Porém, após a Revolução de São Domingos, resta-lhes o olhar sobre a natureza que se consolida no curso do século XIX, o olhar artificial da ciência. Este é um lugar que passa a ser reproduzido também por novas instituições na esfera da alta cultura que se estabelecem tanto nos países centrais quanto na periferia (museus, institutos científicos, faculdades etc.). O olhar “objetivo” e “neutro” que “descobre” (ou melhor) constitui a identidade do “Outro”. Por sua vez, o que restava da natureza como encontro é absorvido no romantismo que traduz, em termos nacionais, a idéia de uma história de harmonia e convergência, a história da construção do Estado, não da humanidade.

Desse modo, o romantismo, como expressão de uma ideologia em que o social termina no Estado - ou que constrói a legitimidade histórico social do Estado - pode se associar ao cientificismo, pois, enquanto aquele exaltou a progressiva integração dos elementos nacionais, este abriu espaço para se falar em escalas de contribuição ao destino comum e espaços de intervenção social (políticas urbanas, políticas sanitárias, práticas de eugenia, políticas de emigração etc.).

Nas respostas à pergunta “Quem somos nós?”, deixadas pelo romantismo na construção da identidade nacional, é possível se observar a construção da pergunta sobre a composição de seus elementos do ponto de vista das ciências, tais como a história, a antropologia, a biologia etc. Os estudos históricos, culturalistas e biológicos, preocupados em compreender o povo, e especialmente o povo na periferia, tem um ponto em comum: o debate sobre a diferença de racionalidade do “outro”, o que conduz a apreensões variadas de um mundo da natureza, fixa ou temporária. Essas apreensões não se opõem à possibilidade de partilhar dos modelos formais de Constituição, pois criam novos espaços de intervenção, supostamente não jurídicos, mas coordenados pelo domínio estatal.

Enquanto a Europa assiste uma redefinição das liberdades públicas, que opõe interesse individual versus interesse coletivo, o que significa legitimação da intervenção estatal na guarda e construção do povo, para a tradição européia sobre a periferia e, sobretudo, na periferia a Constituição (natural) domina o espaço da

Constituição (política). O que se fala da diferença natural é, quase sempre, a demarcação da impossibilidade de um constitucionalismo para os periféricos ou de um constitucionalismo que afaste o ponto de partida, os fenômenos “naturais” como as peculiaridades do povo, sua falta de educação, seu déficit cultural e biológico etc. Aqui a distinção entre cidadania ativa e passiva remete-se à distinção entre cultura e natureza. Circunscritos à natureza, a participação dos povos do resto do mundo (negros e indígenas) encontra-se nas versões oficiais do nacionalismo romântico e, ao mesmo tempo, causas naturais são encontradas, no cientificismo, para negar o direito à liberdade constituinte.

O limite do modelo constitucional para os habitantes do além mar nunca foi uma inadequação intrínseca, mas a adequada rejeição discursiva e prática da expressão popular dos processos revolucionários que fez da forma constitucional uma impossibilidade.

O medo dos modernos, como dito acima, em relação aos negros e indígenas, situa-se no plano do debate Constitucional no medo da liberdade como diferença, ou melhor, diante de formas culturais de pluralismo político que escapem a imagem do indivíduo como o idêntico ao universal-local europeu. Não apenas isso, ao mesmo tempo, vê nas formas coletivas constitutivas de uma identidade em processo o perigo da erupção do outro como sujeito que poderá incluir-se na mesma dinâmica de reivindicar sua universalidade.

A idéia de pluralismo associado ao Constitucionalismo pós-revolução era a garantia das estruturas gerais de reprodução do sistema capitalista, aí se situava o respeito à propriedade privada e as liberdades econômicas, a sociedade civil burguesa, mas também do capitalismo como forma de vida, a liberdade individual e a liberdade de opinião, constituidoras da esfera pública. Entretanto, se aquela excluía do controle jurídico, sobretudo os direitos naturais de propriedade e de livre circulação das mercadorias, condições indispensáveis para a reprodução de uma “identidade econômica”, ela também servia para justificar o injustificável, ou seja, o direito dos colonizadores sobre os domínios coloniais e dos escravistas sobre o trabalho negro e indígena. De outra parte, a idéia de liberdade de opinião operava visceralmente identificada com o discurso competente burguês, em especial com o discurso científico, ou com as formas de vida dos burgueses, logo, a esfera pública se constituía na defesa de uma “identidade cultural”. A identidade econômica e a

identidade cultural, observadas externamente não eram, porém, somente burguesas, mas, tomada a dinâmica da burguesia como classe mundial, uma identidade colonialista.

A revolução haitiana retomou três questões centrais para a liberdade: o direito de reação contra a opressão no mundo do trabalho, o direito à identidade cultural como expressão da vivência e reconstrução de subjetividades diante da carência e da alienação impostas pelas novas formas de domínio, o direito à igualdade nas opções entre as formas de vida que subjaziam ao direito oficial. O pluralismo dos colonizados não era o ponto de chegada da permanência da diferença e das condições de poder já estabelecidas, mas de processos de construção de direitos a partir de experiências identitárias. Tais identidades eram diaspóricas, pois não podiam se situar apenas num lugar, mas territorializavam o lugar a partir de construções míticas que reuniam culturas de povos africanos, indígenas e européias. Voltavam-se para uma África imaginada para a qual não poderia e nem haveria retorno, após os processos genocidas empreendidos com o colonialismo. Voltavam-se para uma terra de liberdade, mas que era habitada por relações de opressão. Voltavam-se para a liberdade burguesa que, todavia, os considerava a partir de uma relação de meio e fim. Desse modo, o pluralismo como princípio burguês de realização e garantia de liberdades não pode ser identificado como a forma por excelência de todo pluralismo indispensável à forma constitucional, pois ele se situa num horizonte culturalmente excludente e particularista. O pluralismo da diáspora negra reivindicava a humanidade a partir de um lugar concreto, situado na história. É esse particularismo universalisante que amedronta aqueles que estão enredados nas formulas vazias de uma liberdade herdada por textos constitucionais e não suportam reconhecer nos textos as lutas sociais por liberdade. Todavia, como adverte Susan Kuck-Morss "A libertação das lealdades excludentes das identidades coletivas é precisamente o que torna o progresso possível na história."⁸⁵⁰

Convém retomar a uma pergunta inicial: Por que o dizer-se negro traz para o centro do debate o medo de uma sociedade dividida que já teria superado suas divisões externas, ou que nunca as teve porque a divisão era algo estrangeiro?

A resposta, como se tentou argumentar, encontra-se na reação de sociedades escravistas à possibilidade de desconstrução de suas hierarquias

⁸⁵⁰ BUCK-MORSS. Hegel, o Haiti e a História Universal. (Tradução Informal de Menelick de Carvalho Netto). Pensilvânia: University of Pittsburg Press, 2009, p. 04.

sociais. Se a proposição permanece no presente não é a custa de uma memória de integração, mas porque ela põe em movimento a consciência universal (e, portanto, particular e concreta) das desigualdades do presente. Entretanto, se supostas lealdades coletivas podem justificar a permanência de violações de direitos como naturais é preciso dar, no plano da interpretação constitucional, um sentido mais produtivo à culpa política surgida nas reivindicações dos movimentos sociais negros do que a reativação do imaginário do medo. Esse caminho produtivo encontra-se na releitura da dimensão de reconhecimento que a própria Constituição de 1988 deu a essa história negada na construção desse espaço de orgulho (e de contradição) que é se dizer negro em nome de uma identidade desrespeitada pela história do passado e do presente. Porém, antes de chegar a este ponto, é preciso refletir sobre a identificação entre diversidade e mestiçagem, ou mais precisamente, sobre o que esta identificação oculta sobre a história do racismo e da cidadania negada aos negros.