

1 Introdução

A história constitucional brasileira registra, desde 1934, embora de forma intermitente, a vedação à discriminação em razão da “raça”/cor¹. No panorama anterior, embora houvesse a previsão de igualdade formal entre brasileiros, a disposição do quadro normativo excluía a população afrodescendente de efetiva participação política, o que, por via transversa, importava em seletividade excludente deste segmento². O rechaço à discriminação racial principiou a tomar

¹ Conforme convenção anotada por Robert Miles, todas as referências ao termo raça neste estudo serão feitas entre aspas, ressalva feita àquelas constantes de citações ou referenciadas diretamente à fala de terceiros, como as constantes do apêndice. MILES, R. Raça como significante. In: CASHMORE, E. *Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*. São Paulo: Summus, 2000. p. 450-458.

² As Constituições brasileiras alijaram os analfabetos do processo político formal afirmando-os tanto inalistáveis, quanto inelegíveis. Este quadro só veio a ser parcialmente alterado com o advento da Constituição de 1988, na medida em que, embora mantendo-os inelegíveis, o texto constitucional franqueou-lhes a possibilidade do voto. A linguagem escrita constitui-se em ferramenta para o exercício pleno da cidadania. Com efeito, “as barreiras cognitivas impedem o avanço dos grupos sociais menos afluentes.” Neste sentido, a análise dos indicadores de alfabetização, ou seja, do nível mais básico de instrução, por cor ou raça disponibilizados pelos censos demográficos podem fornecer elementos concretos acerca das desigualdades sociais. Conforme análise levada a efeito no âmbito da Escola Nacional de Ciências Estatísticas, o hiato existente entre os grupos preto/ pardo de um lado e branco/amarelo de outro, relativamente ao nível mais elementar de educação, indica a relevância do estudo da relação raça/alfabetização. Os dados e análises constantes do estudo, conforme consta da conclusão, conduzem à ‘pressuposição de que há, sim, uma certa coincidência das fronteiras raciais e das fronteiras sociais.’ Independentemente das causas as quais podem ser tributadas tais desigualdades, se determinadas ou não pelo fator racial, fato incontestado é a existência de indicadores de alfabetização desfavoráveis à população preta e parda comparativamente à população branca e amarela. Não se pode deixar de registrar que a universalização do acesso ao ensino fundamental reduziu as taxas de analfabetismo ao longo dos anos, mantendo-se, no entanto, o hiato no que concerne aos níveis mais elevados de educação. A alfabetização constitui-se em quesito censitário desde 1872, sendo à época, praticamente o único indicador do grau de instrução da população. Apenas a partir de 1940 a educação formal foi incluída regularmente no questionário. O estudo levado a efeito pela ENCE anota que no censo de 1872 os atributos referentes à cor ou raça foram investigados, embora os conceitos não fossem muito explícitos, na medida em que o termo “caboclo”, que se referiria à população indígena, foi usado como opção de cor juntamente com preto, branco e pardo. No censo de 1890 a cor parda foi substituída pela opção de “mestiço”. Após esse censo o atributo cor/raça não foi mais investigado, só sendo retomado no censo de 1940, o primeiro a ser realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Registra-se neste censo, segundo a análise da ENCE, que a proporção de pretos e pardos alfabetizados representava menos da metade do número de brancos nessa condição e a terça parte dos amarelos. Àquela época, 26.119.678 pessoas se declararam brancas, 6.021.302 pessoas se declararam pretas, 242.319 pessoas se declararam amarelas, 8.744.130 pessoas se declararam pardas e 41.892 pessoas constaram sem declaração. O questionário daquele censo não incluía opção para índios. BELTRÃO, K.; NOVELLINO, M. *Alfabetização por raça e sexo no Brasil: evolução no período 1940-2000*, Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas, 2002. Textos para discussão, n. 1. Disponível em: <http://www.ence.ibge.gov.br/publicacoes/textos_para_discussao/textos/texto_1.pdf>. Acesso em: 8 maio 2010.

densidade normativa com a edição da Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, Lei Afonso Arinos, contra a qual recaíam as pechas de inefetividade e brandura.

Diversa é a expectativa dos segmentos discriminados no âmbito da Constituição Federal de 1988, em que o racismo foi posto como crime imprescritível, a dignidade da pessoa humana colocada no centro de gravidade do quadro constitucional, a promoção do bem de todos sem discriminação de cor ou “raça” foi alçada a objetivo da República e houve o reconhecimento do *status* de proprietário aos remanescentes de quilombos, entre outros dispositivos que apontam para a busca de uma sociedade racialmente plural, porém equilibrada. Além dos direitos substanciais, a Constituição munuiu o cidadão de instrumentos jurídicos para sua garantia e previu instituições que fortalecem o exercício da cidadania, como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Destaque-se que o contexto material em que o princípio da dignidade da pessoa humana emerge na redemocratização brasileira lhe confere uma maior pretensão de efetividade. É incompatível com este cenário a existência de uma legislação infraconstitucional antirracismo não efetiva, nela incluída todos os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Sua eventual inefetividade atinge o exercício pleno da cidadania e constitui uma intermitência no princípio da lei, a qual afeta diretamente a democracia. A democracia não se define exclusivamente pelo asseguramento de direitos políticos, eis que abrange, também, o exercício pleno dos direitos civis e sociais, os quais devem ser resguardados e garantidos por todos os órgãos do Estado, entre eles, aqueles que compõem o Poder Judiciário.

Nas últimas décadas, o processo de democratização que atingiu os chamados Estados periféricos, antes colonizados, tornou fecundo o campo para que emergissem demandas de reconhecimento por parte dos diversos segmentos contra-hegemônicos que compõem essas sociedades. Assim, exige-se que as prescrições referentes à discriminação racial sejam mais contundentes não só sob o aspecto normativo, mas também, e especialmente, fático. Se no passado a mera previsão normativa sem eco na realidade já não era suficiente, atualmente, a previsão normativa deve ser de maior profundidade e efetividade. Essa maior

pretensão de efetividade está diretamente vinculada ao significado dos direitos humanos em sua ampla acepção no processo de redemocratização do continente latino-americano, bem como à atuação direta dos sujeitos envolvidos no processo de criação dessas normas que combatem a realidade da discriminação racial.

Aliado a esse fato, o Brasil está inserido no sistema especial de proteção dos direitos humanos que, em contraposição ao sistema geral, dirige-se a um sujeito concreto,

visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações. (...) do sujeito de direito abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, etnia, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades.³

O país é signatário de diversos compromissos internacionais de combate à discriminação em geral e ao racismo em particular⁴, os quais incluem a garantia de efetivo acesso aos direitos prescritos.

A hipótese de investigação abrange o impacto da discriminação contra afrodescendentes no Brasil sobre a democracia. A partir da controvérsia acerca da adoção do conceito de “raça” nas ciências sociais, analisa-se a pertinência de sua adoção no âmbito do direito, visto que a questão da disciplina jurídica das relações sociais sob o aspecto racial não é livre de tensões no espaço público. Se por um lado a absorção do conceito “raça” pelos textos legais é tida por alguns como condição necessária ao combate à discriminação e enfrentamento das desigualdades, para outros sua adoção redundará em uma disciplina racializada das relações com ratificação e perpetuação da estrutura desigual que se pretende combater. Ao lançar olhos sobre a questão da discriminação racial no Brasil, serão contrapostas perspectivas que consideram adequado e inadequado identificar o fator racial como determinante de desigualdades, com o intuito de aferir a

³ PIOVESAN, F.; GUIMARÃES, L. R. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. In: *Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/humanos.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2008.

⁴ A propósito veja-se a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, tendo sido ratificada pelo Brasil em 27 de mar. de 1968.

pertinência de tratamento autônomo da questão racial ou sua justaposição com a questão social, bem como de explicitar a discriminação como um vetor de desigualdades.

Embora não tratado neste estudo, visto que a aproximação do tema é feita por outra perspectiva, é importante registrar que as demandas afetas à “raça” dizem diretamente com o conceito de reconhecimento, o qual é considerado central no que concerne às lutas acerca de identidade e diferença. Como estabelecido por Nancy Fraser e Axel Honneth⁵, que travam debate emblemático, primordialmente no plano da filosofia política, sobre a questão, a antiga figura hegeliana da luta por reconhecimento incorporou novas demandas na medida em que o capitalismo globalizado acelerou o contato intercultural, pluralizando horizontes valorativos e tornando políticas as questões atinentes à diferença e identidade. Contudo, pontuam os autores, se por um lado a importância da categoria do reconhecimento é indene de questionamento⁶, por outro sua relação com a redistribuição permanece sub-teorizada.

A redistribuição apresentou-se como central tanto para a filosofia moral quanto para as lutas sociais da era fordista. No pós-segunda grande guerra, o paradigma da justiça distributiva parecia atender às demandas de trabalho e de pobreza da época. No Estado de bem-estar as demandas também eram tomadas em termos distributivos. Atualmente, no entanto, as questões afetas ao reconhecimento estão umbilicalmente conectadas com demandas de distribuição, visto que mesmo nos países centrais a desigualdade econômica é presente. Assim, nenhuma das dimensões pode ser ignorada, apresentando-se o desafio de como equacioná-las. Tanto Nancy Fraser como Axel Honneth compartilham algumas premissas no trato da matéria, como a de que uma adequada compreensão de justiça precisa abarcar pelo menos dois grupos de preocupações: aquelas moldadas na era fordista como demandas de distribuição e aquelas em geral

⁵FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? a political-philosophical exchange*. London; New York: Verso, 2003.

⁶ Se os autores não divergem quanto à importância do conceito, o fazem quanto a seu significado. De notar, que o próprio conceito de reconhecimento não é inequívoco entre os autores, na medida em que para Fraser, cuida-se de uma questão justiça e não de uma questão de auto-realização, como em Honneth.

moldadas hoje como demandas de reconhecimento. Compartilham também a rejeição à idéia de reduzir o reconhecimento a um fenômeno de distribuição.

A partir deste ponto, os autores divergem. Nancy Fraser desenvolve uma teoria bidimensional, por ela designada como perspectiva dualista, na qual reconhecimento e redistribuição são analiticamente separados, a despeito de sua conexão real e total. A partir da análise de demandas que envolvem, em sua percepção, tanto questões de reconhecimento como de redistribuição, a autora busca demonstrar a necessidade de equalização das categorias com a aplicação de diferentes soluções ou remédios para as situações complexas que apresenta. A questão racial é tomada como bidimensional pela autora, na medida em que está enraizada tanto na estrutura econômica como na ordem de *status* da sociedade capitalista. A luta dos grupos subordinados pelo vetor racial dirige-se tanto às relações de trabalho e distribuição de renda, como contra padrões eurocêntricos que os inferiorizam. Há, ao mesmo tempo, a luta pela igualdade e pela diferença, definidos pela autora como estratégias de afirmação ou de transformação. A primeira tendo por objetivo a correção de resultados não queridos, sem alteração da estrutura existente; o segundo a correção com alteração da estrutura que gera o indesejado.

Axel Honneth aborda a questão sob outro enfoque, o do monismo, em contraposição à perspectiva dualista de Fraser. Para o autor, o conceito de reconhecimento abrange tanto o reconhecimento de direitos como a apreciação cultural. Todos os conflitos por igualdade encerram uma luta por reconhecimento, o que o dualismo de Fraser obscurece. Em sua análise, a injustiça distributiva deve ser compreendida como uma expressão do desrespeito social institucionalizado e sem uma pré-concepção de vida boa não é possível criticar adequadamente as injustiças contemporâneas. A noção de reconhecimento em Honneth é relacional, parte do sujeito que se autodefine como objeto de reconhecimento. Como assinala Patricia Mattos:

[T]oda a dinâmica da luta pelo reconhecimento, para Honneth, parte da relação entre não-reconhecimento e posterior reconhecimento legal (...) [E]sses conflitos, no entanto, são percebidos num sentido completamente pré-político. É nesse

sentido que Honneth, contra Fraser, imagina uma experiência de “desrespeito” como estando na base de todo conflito social.⁷

A discriminação racial é analisada neste estudo, no entanto, como dito, sob outro foco. O intuito primordial é identificá-la como um problema que afeta o sujeito de forma plúrima, atinge a dimensão cidadã da vida e, assim, reverbera negativamente na democracia, a qual, a partir do quadro teórico proposto por Guillermo O’Donnell, não deve ser tomada apenas como regime político, mas como uma forma de relação do Estado com os cidadãos e destes entre si. Nessa assertiva, a densa capilaridade da lei nessas relações é essencial para um maior nível de democratização, no âmbito do modelo posto, e pressupõe instituições capazes de garantir efetividade à dimensão legal do Estado.

Não se ignora que a forma como foi estruturado o Estado na América Latina em geral e no Brasil em particular oblitera o espaço para uma subjetividade formada por singularidades⁸ que se potencializem coletivamente. Apesar da obsolescência progressiva do modelo democrático conhecido, por sua insuficiência em abarcar as demandas da sociedade de forma suficientemente inclusiva, é preciso refletir sobre um caminho de maior emancipação no âmbito das instituições existentes. A concepção de capilaridade da lei é, na estrutura existente, necessária à democracia. Porém, a lei a imperar deve ser fruto de um processo em que haja a proeminência da subjetividade, para que se reflita como a “força da lei”⁹ e não a “lei da força”. Estabelecida uma maior interlocução entre

⁷ MATTOS, P. O reconhecimento, entre a justiça e a identidade. *Lua Nova*, São Paulo, n. 63, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 fev. 2010.

⁸ O termo singularidade, quando referente à subjetividade, é utilizado nesse estudo em duas perspectivas. Uma relativa à dimensão psicossocial da cidadania como estabelecida por Adriana Geisler, segundo a qual, conforme será explicitado, o processo de subjetivação se dá no meio social. Nesse sentido, é possível a emergência do processo de singularização, por meio da vivência criativa do referido processo, em contraposição a uma vivência passiva que conduz ao processo de individuação. A outra perspectiva é aquela referente ao quadro conceitual construído por Antonio Negri. Nele a singularidade é produção de nova pluralidade, sendo ela mesma plural. No dizer do próprio autor, o horizonte biopolítico do mundo é plural. A multidão é um conjunto irreduzível de singularidades. NEGRI, A. *Kairós, Alma Venus, Multidão: nove lições ensinadas a mim mesmo*. Trad. Orlando dos Reis e Marcello Lino. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p.179

⁹ A referência aqui feita diz respeito à análise desenvolvida por Giuseppe Cocco acerca das políticas de imanência e transcendência que, respectivamente, unem e separam o resultado da fonte. Ao discorrer sobre o conceito de multidão, desenvolvido por Antonio Negri, o autor explicita as duas perspectivas políticas. Enquanto a perspectiva imanente refere-se à “construção de um referencial ético interno ao próprio processo de produção (dos valores)”, a política de transcendência estabelece um fora, a partir de um conjunto amalgamado designado como nação,

movimentos e governança, bem como aplicada a lei como fruto imanente das forças sociais e não como dádiva do soberano, sua aplicação intermitente, ou o hiato em sua aplicação, há de ser tida como vilipêndio à democracia.

A discriminação pelo preconceito racial ataca a cidadania e impede sua vivência em plenitude. Uma resposta adequada do Estado a esse ataque corresponde à indicação da vigência efetiva do princípio da lei. Em contrapartida, uma ação tímida do Estado à discriminação racial equivale à intermitência ou hiato, na expressão de Guillermo O'Donnell, na vigência do princípio da lei que afeta a democracia.

Sob essa perspectiva é que se lança o olhar sobre a atuação da Justiça Federal de Segunda Instância na aplicação das normas antidiscriminatórias relativamente aos afrodescendentes, com o escopo de, a partir da identificação dos pontos de tensão contidos nas demandas e das soluções apresentadas à sociedade, verificar em concreto a atuação do aparato do Estado na resposta a um fator que substantivamente afeta de forma negativa a democracia.

As normas antidiscriminatórias podem ser tomadas em uma acepção estrita, que restringe o exame ao universo das normas de caráter repressivo-punitivo, ou em uma acepção ampla, englobando aquelas que promovem a igualdade. É pertinente abarcar, também, as normas que reconhecem direitos reparadores, tendo por pressuposto condições vinculadas à questão racial. Essa a razão pela qual foi incluído no universo da pesquisa os julgados relativos às comunidades de remanescentes de quilombos de que trata o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Uma abordagem mais ampla, que será adotada, tem a vantagem de identificar de forma mais acurada o discurso predominante no Poder Judiciário, visto que nos debates travados por ocasião das nascentes políticas afirmativas no âmbito educacional surgiram questões referentes ao

povo ou classe, e em nome seja de algo como o interesse geral de Rousseau ou do contrato social de Hobbes fixa o poder do uno (dos poucos) sobre os “muitos”. COCCO, G. O ‘fazer multidão’ diz respeito à própria constituição da esfera pública. *IHU On-Line*, São Leopoldo, v. 265, 28 jul. 2008. Seção: Tema de Capa. Entrevista. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_tema_capa&Itemid=23&task=detalhe&id=1185>. Acesso em: 28 dez. 2009.

racialismo e sua conotação racista, ainda que assim não nominados, bem como questionamentos acerca da própria definição de quilombo, escravo fugido, homem livre, cuja exposição se considera profícua.

É importante registrar que a aplicação da legislação promocional, pautada pelo vetor racial, tem mobilizado diversos segmentos da sociedade e ensejou que o tema fosse alçado diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal. Assim, tramitam atualmente naquela Corte a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239 proposta pelo então Partido da Frente Liberal, atual Democratas, que contesta a constitucionalidade do Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, o qual regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Outro indicador da já mencionada mobilização em torno do tema é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, proposta também pelo Partido Democratas contra o Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília questionando atos administrativos que fixam critérios raciais para reserva de vagas no sistema de acesso àquela instituição de ensino superior. Juntamente com a ADPF nº 186 foi determinado pelo Ministro Relator o julgamento do Recurso Extraordinário nº 597.285, por meio do qual se pretende o reconhecimento da inconstitucionalidade do sistema

de cotas raciais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Relativamente ao julgamento da ADI nº 3239 há pedido de audiência pública de diversas entidades, dentre elas o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA e Comissão Pastoral da Terra – Regional 2 – Nordeste Estados da Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Alagoas. No que concerne à ADPF nº 186 e RE nº 597.285, há audiência pública designada para realizar-se entre os dias 3 e 5 de março de 2010, para a qual foram habilitados 38 representantes e especialistas, dentre 252 inscritos.

Aos não habilitados à audiência foi franqueada a possibilidade de envio de material para subsidiar o julgamento. De notar que o STF editou publicação específica sobre o tema para subsidiar a audiência pública, por meio de sua biblioteca.¹⁰ Todos estes elementos indicam a relevância, o grau de tensionamento e a mobilização que o tema promove não só na comunidade jurídica, mas na sociedade como um todo.

Destaque-se que ante o princípio da inércia, que impede a atuação de ofício pelo Poder Judiciário, não serão objeto de pesquisa as razões pelas quais o Judiciário é ou não acionado. O objeto de análise das decisões se limitará à discriminação contra afrodescendentes, na medida em que este grupo está sujeito a fatores autônomos de opressão, que o mantém em desvantagem socioeconômica, além de sua crescente significação numérica na sociedade. Os indicadores sociais que serão apresentados ao longo do trabalho apontam para o fato de que a pobreza brasileira tem uma cor dominante.

O estudo será limitado às decisões proferidas pela Segunda Instância da Justiça Federal. Considerando a competência desse segmento do Poder Judiciário, fixada no artigo 109 da Constituição Federal, o exame de julgados desses órgãos permitirá o acesso não só ao tratamento dispensado pelo Poder em foco à questão

¹⁰ Todas as informações processuais, bem como aquelas relativas à publicação preparada pela Secretaria de Documentação e pela Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal do STF encontram-se disponíveis em: <www.stf.jus.br>.

da discriminação, mas também de outros órgãos públicos, pois, necessariamente, um dos pólos da relação processual é ocupado por ente federal. A limitação aos julgados da Segunda Instância se impõe pela ausência de banco de dados nacional de decisões de Primeiro Grau, sendo ainda válido registrar que há recente estudo sobre o Poder Judiciário Estadual e o racismo¹¹. Assim, o recorte ora apresentado poderá contribuir para compreensão do tema de forma mais ampla.

¹¹ PAIXÃO, M.; CARVANO, L. M. (Org.). Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil; 2007-2008. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.laeser.ie.ufrj.br/relatorios_gerais.asp>. Acesso em: 14 dez. 2008.