5 Conclusão

A partir das divergências existentes no campo das ciências sociais acerca da adoção do conceito de “raça”, buscou-se analisar a pertinência de sua incorporação pelo direito para o combate da discriminação contra afrodescendentes no Brasil.

O contato com novos povos, como negros e ameríndios, em decorrência do período de “descobertas” do século XV inseriu na civilização ocidental o questionamento acerca do conceito do “outro”, cuja humanidade buscou-se justificar a partir de balizas religiosas. O advento do primado da racionalidade, que fincou raízes no iluminismo, introduziu a necessidade de deslocamento da justificação da humanidade do “outro”, centrando-a na razão. Na realização deste objetivo foi importado das ciências naturais o conceito de “raça”, abrindo flanco para o nascimento da disciplina designada como História Natural da Humanidade, posteriormente transformada em Biologia e Antropologia Física.¹

Estudos levados a efeito pela UNESCO após o Holocausto para exame do estado das artes no campo do estudo das “raças” e relações raciais concluiu que a diversidade genética existente entre grupos humanos classificados como populações, em que a endogamia é mais freqüente que a exogamia e que, por esta razão, apresenta um espectro mais limitado de características genéticas, não é significativamente diferente daquela verificada em outros a ponto de caracterizar diferenças biológicas que justifiquem uma classificação em termos raciais. O resultado de tal levantamento, que consagrou teses que se anunciavam já na década de 30 do século XX, impactou as ciências sociais conferindo ao conceito de “raça” uma dimensão histórica.

¹ Neste sentido, MUNANGA, K. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. *Cadernos PENESP*. UFF, Rio de Janeiro, n. 5, pp. 15-34, 2004. (Cadernos PENESP n° 5).

Foi exposto o debate acerca da pertinência de utilização do conceito de “raça”. Calcados sobre uma mesma concepção, ainda que discursiva, de rechaço ao racismo, há os que consideram o conceito inadequado exatamente pela ausência de eco nas ciências biológicas ou, ainda, em razão de sua alta carga ideológica que apenas serviria de justificativa para as desigualdades, assim como há os que, em sentido oposto, defendem o uso do conceito porque consideram necessária a reconstrução crítica das noções da ideologia racista para combatê-la.

A substituição do conceito de “raça” pelo de etnicidade, definida esta como “uma identidade social, caracterizada por um parentesco metafórico ou fictício”² e os grupos raciais espécies de grupos étnicos formados ou baseados na idéia de “raça”, também foi pontuada, acentuando-se que é rejeitada por alguns cientistas sociais, dentre eles Antonio Sergio Alfredo Guimarães, que afirma que tal abordagem apenas contorna o problema, não o resolve. Elisa Larkin Nascimento também descreve essa forma de aproximação do tema e acentua que a pretensa adoção do conceito de etnia apenas encobre um subtexto de “raça” que permeia as relações sociais. Os critérios de inferioridade racial são mantidos.

A negativa de adoção do conceito de “raça” conduziu ao questionamento acerca do próprio campo das relações raciais. Contudo, há que se observar, com Antonio Sergio Alfredo Guimarães, que a ênfase sobre fatores estruturais e funcionais, de caráter geral, diluiu a capacidade de análise acerca de fatores específicos de dominação que incidem sobre formas determinadas de identidades sociais. Apesar de todos os grupos humanos naturalizarem as características que os diferenciam e as desigualdades de direitos em sentido amplo serem uma constante em todos eles, os fundamentos que as justificam não são idênticos e tal diversidade não é despida de significado. É preciso, assim, a partir do traço que distingue as diferenças sociais, qual seja, as teorias e ideologias que as sustentam, identificar as diferentes situações que reclamam exame específico.

Nesse contexto é possível reconhecer um campo autônomo de estudo das relações raciais a partir da concepção do conceito de “raça” inserido no âmbito de

² ERIKSEN, T. *apud* GUIMARÃES, A.S.A. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. 2 ed., São Paulo: Editora 34, 2005, p. 25.

uma teoria racalista, tomada essa como um sistema de marcas físicas ao qual é associada uma “essência” constituída de valores morais, culturais e intelectuais. Sua utilização, totalmente desvinculada de uma realidade biológica, tem por objetivo permitir a compreensão de ações subjetivamente intencionadas. O conceito corresponde à realidade de grupos que enfrentam uma atitude negativa contra si no seio social em decorrência de uma noção específica de natureza em relação a eles concebida, como algo endodeterminado. O enfrentamento desta realidade só é possível, assim, pelo ato de nomear.

Não se pode olvidar que o significado da racialização tem uma dimensão histórica, da mesma forma que a idéia de “raça” não é universal. Assim como o conceito de “raça”, inicialmente tomado em obras históricas e posteriormente científicas teve sua aplicação ampliada para identificar populações ao “nível da caracterização e ação diárias”³, a noção de racialização passou a designar toda e qualquer concepção em que a idéia de “raça” se fizesse presente para qualificar e identificar ações e caracterizações de determinada população. Em um sentido estrito o conteúdo ideológico do processo de racialização associa-se ao racismo, porém, em um sentido amplo, vincula-se à atribuição de significado social e sentido à variação fenotípica em todos os espectros sociais, sem associação à ideologia racista.

O ponto nodal é que não se pode tomar as acepções de “raça” desconectadas do contexto em que estão inseridas. Independentemente das especificidades do debate sociológico acerca da possibilidade de uma compreensão do racismo que efetivamente transcenda a superada existência de “raças” humanas, o reconhecimento da existência de “raças” como construto social e a afirmação de uma identidade racial pelos grupos subordinados tem um vetor completamente distinto daquele em que o conceito de “raça” é tomado como instrumento de manutenção de privilégios e desigualdades. Portanto, a incorporação do conceito de “raça” pela legislação com o objetivo de combater a discriminação também merece uma análise que considere esta especificidade e não adote uma visão generalizante. A corrente que propugna por uma legislação não sensível ao

³ MILES, R. Raça como significante. In: CASHMORE, E. *Dicionário de relações étnicas e raciais*, São Paulo: Summus, 2000. p. 457.

elemento racial com a conseqüente adoção de políticas universais⁴ sob, entre outros argumentos, que a incorporação de tal vetor determinará a racialização das relações sociais, não considera que esta, a racialização, assume significado específico quando inserida no contexto do combate à discriminação. O rechaço da adoção do conceito “raça” pela lei para o combate à discriminação parece partir do equivocado pressuposto de que uma legislação cega ao fator racial equivaleria a um ponto zero, quando a existência de dados que apontam para uma realidade de desigualdades calcadas no fator racial aponta para o sentido oposto, qual seja, para a manutenção do *status quo*. Equivale dizer, ignorar a existência de desigualdades e discriminações em razão do fator racial implica em uma forma também racializada de relacionamento social, porém tomada a racialização em seu sentido estrito, vinculado a uma ideologia racista, pois assegura a manutenção de uma estrutura em desequilíbrio. Acresce, ainda, que o enfrentamento da realidade da discriminação é impossível sem que a legislação incorpore o conceito, seja para recriminar condutas, seja para reconhecer que há desigualdades pautadas por este fator e com base nesta constatação laborar a aplicação do princípio da igualdade.

A Constituição Federal de 1988 incorporou o conceito “raça” como uma construção social, fonte de desigualdades e o fez em um contexto de refugio à discriminação, ou seja, no reconhecimento da realidade para o combate de seus efeitos, o que se extrai não só da análise do texto constitucional, mas como do substrato fático que o originou.

Diversos estudos, como aquele levado a efeito por Carlos Hasenbalg, reintroduzindo a questão racial na pauta de discussão, e anos mais tarde desenvolvidos por diversos entes como o DIEESE, IPEA, LAESER que apontam para a sobre-representação do negro nos estratos básicos da sociedade em diversas dimensões, extraíndo desses dados a incidência do fator racial como determinante das desigualdades, são alvo de críticas, dentre elas a de que é necessária a construção de um arcabouço teórico que explicita o peso da variante racial nas desigualdades, pois não seria possível extrair dessa variante, de *per si*, a causa das desigualdades.

⁴ Neste sentido FRY, P. et al. (Org.). *Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 17-22 (Preâmbulo).

Centrou-se o olhar sobre a crítica desenvolvida por Jessé Souza, para quem o isolamento da variável racial do estudo da desigualdade social como um fenômeno mais abrangente não é defensável, razão pela qual o estudo da questão requer um quadro teórico mais amplo e que resgate o debate raça/classe. O autor labora com uma concepção não apenas economicista de classe, extraída de Pierre Bourdieu que estabelece a situação de classe a uma específica forma de conduzir a vida, com base na qual serão construídos laços de solidariedade ou padrões de rejeição ou preconceito. Os padrões estabelecidos correspondem, para Bourdier, ao *habitus* prevalente ou ao *habitus* precário. Neste sentido, a cor da pele no Brasil atuaria de forma secundária na marginalização, pois a questão da desigualdade teria sua fonte primordial na inadequação do *habitus* precário ao prevalente.

Ainda que se acolha o arcabouço teórico que invoca a existência de um *habitus* adequado em contraposição a um *habitus* precário, compartilhado pelos grupos subordinados, não se pode deixar de registrar que devem ser objeto de questionamento os pressupostos estabelecidos acerca da inadequabilidade e precariedade de um e de outro. O questionamento há de incidir não somente sobre a extensão dos valores e concepções que os compõem, visto que o modelo teórico apresentado por Jessé Souza parece não considerar desvalores acerca das pessoas dignas de respeito calcados em pressupostos racistas historicamente construídos, mas, também, acerca de seu caráter potencialmente integracionista e eurocêntrico.

De todo modo, ao direito deve importar o fato de que a discriminação racial se apresenta como uma variável que compõe a equação da exclusão, o que é reconhecido pelo próprio crítico, ao afirmar que a concomitância dos fenômenos da desigualdade social e preconceito racial demonstra uma relação entre eles.

A discriminação racial apresenta-se como um fenômeno multidimensional, que não se manifesta apenas em expressões quantitativamente apuráveis. Afeta negativamente o indivíduo de forma múltipla e, assim, representa um fator que substantivamente atinge a democracia e, por essa razão, deve ser alvo de combate pelas instituições do Estado democrático.

Há uma relação intrínseca entre democracia, cidadania e discriminação racial. Conforme explicitado por Guillermo O'Donnell, a democracia não deve ser tomada apenas como regime político, mas como uma forma de relação do Estado com os cidadãos e destes entre si. Nesta 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. Apesar da pertinência da análise de O'Donnell quanto à insuficiência de uma perspectiva meramente politicista para exame das democracias, bem como sobre a questão do império da lei, ante o aparato estatal existente, não se pode olvidar que o autor não deixa de adotar como parâmetro as democracias do norte-atlântico. Por essa razão, lançou-se mão do quadro teórico desenvolvido por Antonio Negri e Giuseppe Cocco, o qual demonstra como este parâmetro é insuficiente para a América latina, considerando-se a especificidade do processo local de formação do Estado que consolidou um modelo de exclusão racial. Os autores consideram que a soberania, como gestão unitária do poder como concebida pela modernidade, está em crise, pois está sujeita a múltiplas tensões em um tempo específico, caracterizado por ser o entretempo entre o fim da modernidade e o advento da pós-modernidade.

A questão afeta à emergência de um novo paradigma substitutivo da modernidade não é fundante ao argumento desenvolvido. O ponto a ser incorporado do argumento dos autores é o da proeminência da subjetividade para a construção de um caminho de maior emancipação nos moldes do aparato estatal estabelecido, visto que as instituições como conhecidas não desaparecerão de pronto, ainda que se apresentem insuficientes para abarcar de forma inclusiva todas as demandas da sociedade.

Neste sentido, a proeminência da subjetividade e a maior interlocução entre governança e movimentos anunciam-se como um caminho emancipatório. A cidadania, assim, é central para o desenvolvimento democrático, porém não deve ser tomada em uma acepção individualista, como parece apontar a teoria desenvolvida por O'Donnell. Como exposto por Sonia Fleury, para a construção democrática, a cidadania deve assumir uma dimensão social, que transcenda a

individualidade. A aposta é na formação de singularidades em detrimento de sujeitos que se submetem ao processo de individuação (recebem passivamente os elementos da subjetivação). Assim, é imperioso o combate a fatores que afetem a singularidade, como a discriminação racial que é excludente, deforma singularidades e é fator de invisibilidade. A ausência de discriminação racial institucionalizada contrasta com uma cidadania mitigada pela violência e pela pobreza.

O'Donnell detecta nos países latino-americanos hiatos na vigência do princípio da lei em diversos segmentos referentes à fruição da plena cidadania civil, dentre eles o acesso ao Poder Judiciário. O combate deficiente à discriminação racial apresenta-se como um hiato, uma intermitência na vigência do princípio da lei e impacta a democracia, na medida em que afeta a plenitude dos sujeitos em sua singularidade, reverberando na dimensão coletiva de cidadania. Por outro turno, a partir dos conceitos de imanência e transcendência, foram analisados os mecanismos pelos quais as instituições existentes operam. Enquanto o movimento de imanência diz para com a liberação e participação do singular na constituição das coisas, o plano da transcendência refere-se à contenção deste movimento, pela alienação do poder de criação. Causa e ação são dissociados.

Posta a questão nestes termos, apenas uma perspectiva imanente da análise de O'Donnell poderia abrir flanco a mudanças liberatórias. Embora, é certo, sua teoria esteja calcada na necessária mediação do Estado, a concepção de maior capilaridade da lei para democratização é coerente com o aparato existente e pode ser ajustado a uma concepção imanente se problematizada a questão da lei a imperar. Estabelecida uma maior interlocução entre 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, especialmente, no que tange ao presente estudo, relativamente à questão racial.

Embora não se estabeleça o protagonismo do Judiciário para o debate e solução das questões levadas ao espaço público, não se pode ignorar que

determinadas questões deságuam nas Cortes, sendo este um espaço de disputa que não deve ser negligenciado. Neste contexto foram analisados os julgados dos Tribunais Regionais Federais das Cinco Regiões que tangenciavam a questão racial relativa a afrodescendentes, com o objetivo de captar elementos de reflexão sobre a porosidade desse ramo do Poder Judiciário ao movimento de imanência, bem como verificar em concreto a atuação do aparato do Estado na resposta à um fator que substantivamente afeta de forma negativa a democracia.

O trabalho de levantamento de dados revelou a carência de ferramentas que possibilitem ao pesquisador acessar a pauta de conteúdo do que é julgado pela Segunda Instância da Justiça Federal. O acesso aos portais públicos de transparência da Justiça Federal demonstra ao observador a preocupação sistemática da Administração de todos os Tribunais e dos Conselhos, tanto de Justiça Federal como Nacional de Justiça com a produção numérica dos julgadores. De fato, a crescente demanda dirigida ao Poder Judiciário e sua crônica morosidade reclamam atenção com a agilidade no processamento e julgamento dos feitos. Contudo, é cabível a reflexão sobre a pauta de conteúdo e, especialmente, sobre um canal de interlocução com a sociedade para fixação das efetivas prioridades de julgamento. Sem embargo das medidas adotadas para diminuição de acervo, questões nevrálgicas de competência da Justiça Federal remanescem sem possibilidade de enfrentamento imediato, constituindo-se em verdadeiras aporias processuais, ante a inflexibilidade do Poder Público de dialogar com os cidadãos para a composição.

A concentração temática de decisões é indiciária da tensão que é levada ao Judiciário Federal. A questão afeta à adoção do sistema de cotas para ingresso nas Universidades Públicas, juntamente com os conflitos decorrentes da implementação do contido no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que reconheceu a propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes de comunidades dos quilombos, são os julgados mais recorrentes. Dos 134 julgados captados pelo sistema de busca e seleção utilizado, 74 referiam-se às cotas e 46 aos interesses de comunidades remanescentes de quilombos reconhecidas ou em processo de reconhecimento. Curiosamente esses temas mais

recorrentes estão relacionados a dois espaços de poder em que predomina a elite brasileira, o saber e a propriedade, especificamente a propriedade rural.

No que se refere especificamente às cotas para acesso ao ensino superior, a maioria dos julgados tende a prestigiar o sistema adotado pelas universidades e enfrenta em sua fundamentação a questão racial, sendo, inclusive, essencial o conceito de “raça” para solução da lide. Os julgados em sentido contrário, em geral, rejeitam o fator racial como um critério válido de *discrimen* e tangenciam, ainda que sem nominar, a questão afeta ao racismo ou racialismo antirracista, ao afirmar que a fixação das cotas estabeleceria uma indevida discriminação reversa. As hipóteses de rejeição ao sistema de cotas não questiona o peso da variante “raça”/cor na desigualdade, a rejeita.

Relativamente às comunidades remanescentes de quilombos, tanto o *status* de remanescentes de quilombos como o próprio conceito de quilombo é objeto de disputa e meio de impugnação do processo de reconhecimento. Tais questões, que se apresentam como um grande obstáculo ao acesso e manutenção das comunidades à/na terra, parece indicar uma mitigação ao direito à autodefinição e impacta sua singularidade.

No que concerne aos pedidos de dano moral as dificuldades relativas à prova do fato se fazem notar, sendo relevante registrar a menção, em alguns julgados, à ausência de agressão verbal clara indicativa da discriminação racial. As condenações, quando existentes, nunca são majoradas como requerido pelos ofendidos.

Sob o aspecto penal, a ausência de condenações reverbera o debate acerca da eficácia da legislação penal no combate à discriminação. Convém, para o exame deste ponto, que se abstraia as hipóteses, em que houve absolvição por unanimidade, concentrando-se o foco sobre os casos de absolvição por maioria em que há debate sobre a configuração das condutas nos tipos penais previstos. O exame dos casos demonstra que prevalece o entendimento que minora o desvalor da ofensa ao bem protegido pela lei antidiscriminatória, considerando, em algumas situações, a sanção penal por demais pesada para a situação.

O universo analisado é qualitativo e não pode ser tomado como expressão estatística da produção das Cortes sobre as matérias em exame. Por outro turno, não se pode ignorar que de alguma forma representa a forma como os Tribunais pretendem se ver conhecidos pela sociedade, na medida em que apenas por meio dos julgados inseridos nos Portais de Jurisprudência oficiais é possível acessar a pauta de conteúdo da Segunda Instância da Justiça Federal.

A democracia pressupõe cidadãos plenos em sua singularidade e que vivenciem a cidadania em uma dimensão coletiva, que transcenda o individualismo. Como menciona Adriana Geisler, é no processo de singularização que a subjetividade se empodera para atuar emancipatória e coletivamente. Contudo, para que tal possa se dar, é preciso o combate a fatores que não só afetam o processo de singularização como impedem sua expressão, dentre eles a discriminação racial.

A despeito da imperfeição das instituições existentes para abarcar de forma inclusiva todas as demandas da sociedade, é preciso buscar um caminho de maior emancipação com o modelo posto. Nesta perspectiva, é preciso considerar que o nível de capilaridade do império da lei nas relações do Estado com o cidadão e dos cidadãos entre si, condição essencial para um maior nível de democratização no âmbito do modelo posto, pressupõe instituições capazes de garantir efetividade à dimensão legal do Estado, a qual assume um novo sentido diante de uma subjetividade que se busca plena. Neste contexto, ter-se-á a substituição da “lei da força”, que emana de forma transcendente de cima para baixo, pela “força da lei”⁵, imanente e oriunda da fonte do poder que verdadeiramente constitui, a proeminência do poder constituinte.

O exame qualitativo das decisões que tangenciam a questão racial no âmbito dos Tribunais Regionais Federais das Cinco Regiões indica um nascente

⁵ 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.

reconhecimento das desigualdades pautadas no fator racial e sua reverberação material no princípio da igualdade, não sendo a questão despida de intenso embate. Relativamente aos direitos das comunidades de remanescentes de quilombos, cujo *status* é diretamente relacionado à questão racial, se por um lado o curso dos processos administrativos de reconhecimento não tem sido obstado, o acesso e manutenção à/na terra encontra obstáculos ante à aparente mitigação do direito à autodeclaração. Há assim, indicativos de que a barreira de acesso de afrodescendentes a espaços dos quais foram historicamente excluídos começa a apresentar fissuras em um de seus pilares, o do saber, não sem muita resistência. Por fim, vislumbra-se uma tímida atuação no que concerne à repressão de atos discriminatórios, seja no âmbito penal como no cível. Delineia-se, ao que parece, a vigência intermitente do princípio da lei, como delineado por O'Donnell, com impacto direto sobre a democracia, a reclamar reflexão na busca de caminhos que conduzam a uma cidadania plena.