Processos envolvendo ações afirmativas são desafio para o Supremo

Com o ajuizamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 186-5/DF, o Supremo Tribunal Federal encontra-se com mais uma ação discutindo ações afirmativas.

Já tinha a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) 3197 envolvendo o sistema adotado pelas universidades estaduais do Rio de Janeiro, criado por lei estadual, bem como as Adins 3.330, 3314 e 3379, que se encontram apensadas, questionando o Prouni. A primeira com julgamento já iniciado, voto favorável do ministro Carlos Ayres Britto e pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa. São situações distintas, mas tem, na base de suas discordâncias, divergências e polêmicas, o fato de estabelecerem parâmetros de cunho racial para fins de políticas públicas. Espera-se, é verdade, que, ainda neste semestre, venha o STF a se debruçar sobre o assunto, estabelecendo parâmetros e juízos de constitucionalidade sobre o sistema adotado (numa das ações, pela Universidade de Brasília; na outra, pelo estado do RJ).

Em extensa decisão de 29 páginas, o ministro Gilmar Mendes, no período do recesso, não se furtou a tecer comentários sobre questões que entendeu pertinentes para o deslinde da questão. Pode ser que não o sejam para os demais ministros, nem que tenham tocado tópicos importantes salientados pelas diversas resoluções de conselhos universitários (93 universidades no país adotam ações afirmativas, 67 delas de cunho racial). Se é verdade que o ministro Gilmar salientou que a igualdade e a liberdade deveriam ser solucionadas à luz da fraternidade, e que a "conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias", não é demais lembrar que o restante de toda sua fundamentação se centrou no princípio da igualdade e na seleção de determinado grupo de cientistas sociais que questionam a adoção do sistema (somente o manifesto dos "113 antiracistas" é mencionado; a resposta do outro grupo, não), bem como as próprias estatísticas que constatariam eventual discriminação racial existente no país. Peter Häberle tem efetivamente razão: muito já se tratou da igualdade e da liberdade, mas pouco se desenvolveu, dogmaticamente, sobre o terceiro valor fundante da Revolução Francesa, a fraternidade. (1) Tarefa para os constitucionalistas e talvez, também, para o STF quando do julgamento da ação.

Saliente-se, apenas, inicialmente que ações afirmativas são políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, com vistas a combater discriminação racial, de gênero, de origem nacional (quiçá, religiosa também), bem como a corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado. (2) Fica evidente um forte cunho de justiça histórica, mas não como reparação a um passado (no caso, a questão da escravidão), mas sim como correção de um "passado contínuo", um passado que se prolongou no presente e que mantêm incólumes, em distintos graus, o sexismo, o racismo ou mesmo o colonialismo. Cotas, neste sentido, constituem espécie de um gênero mais amplo, e se é verdade que o debate iniciou no Brasil de "forma equivocada e deturpada", associando ações afirmativas e cotas, não é menos verdade que tal visão tem sido mais disseminada pelos seus detratores que pelos seus defensores.

A inicial da ação sustenta que não busca discutir a constitucionalidade de ações afirmativas, mas sim daquelas de corte racial, seja porque inadequadas às especificidades brasileiras, seja porque destoantes do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade sentido estrito). Alega

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

que:
a) inexistem raças;
b) o sistema de cotas pode agravar o preconceito racial, ao mesmo tempo em que favorece classe média negra e gera discriminação a “brancos pobres”;
c) os dados estatísticos são manipulados, e que a pobreza tem “todas as cores”;
d) o sistema do IBGE adota a autoclassificação, ao passo que a UNB utiliza o fenótipo, que pouco diz sobre a “ancestralidade”;
e) a pobreza é que impede o acesso ao ensino superior.

Por sua vez, na decisão fica salientado que:
a) “não há notícia de que o Estado brasileiro tenha se utilizado do critério racial para realizar diferenciação legal entre seus cidadãos”, fator de relevo que distingue o debate sobre o tema no Brasil;
b) nunca houve formas de segregação racial legitimadas pelo próprio Estado;
c) a análise das considerações históricas levaria a questionar se o “Estado brasileiro não estaria passando por um processo de abandono da ideia, muito difundida, de um país miscigenado, e, aos poucos, adotando uma nova concepção de nação bicolor”;
d) a adoção do critério de análise do fenótipo pode suscitar problemas, salientando os já clássicos casos dos gêmeos ou de irmãos de “cores diferentes”;
e) as ações afirmativas não constituem subterfúgio para adoção de medidas de longo prazo, como a “necessária melhora das condições do ensino fundamental do Brasil”, bem como não devem ser esquecidas as etapas anteriores (educação básica) e alternativas (cursos técnicos);
f) se é levado a “acreditar que a exclusão no acesso às universidades públicas é determinada pela condição financeira”, questionando a situação do “branco pobre” e se a adoção do “critério de renda não seria mais adequada à democratização do ensino superior”;
g) os levantamentos estatísticos têm sido questionados;
h) a solução dos problemas não está na “importação acrítica de modelos construídos em momentos históricos específicos tendo em vista realidades culturais, sociais e políticas totalmente diversas das quais vivenciamos no Brasil”, mas sim na “interpretação do texto constitucional considerando-se as especificidades históricas e culturais”;
i) a definição de critérios a serem implementados para definir quem faz jus ao benefício constitui matéria que amplia direitos de uns com imediata repercussão na vida de outros. Finaliza demonstrando receio de que o “combate ao preconceito e à discriminação” reforce as crenças “perversas do racismo e divida nossa sociedade em dois pólos antagônicos”, sendo, pois, de suma importância o ajuizamento da ação, pois as questões levantadas são muito sérias, porque “ligadas à identidade nacional, envolvem o próprio conceito que o brasileiro tem de si mesmo e demonstram a própria necessidade de promovermos a justiça social”.

Diante disto, necessário salientar alguns pontos.

Primeiro, porque em qualquer dos sistemas adotados de ações afirmativas, nunca se trabalha com “raça” no sentido “genético” que pretende a ação e, que, aliás, o STF rechaçou de forma peremptória (Habeas Corpus 82.424/RS), salientando, ademais, que o conceito de racismo devia ser visto em termos sociais, antropológicos, etnológicos. Neste sentido, entendeu aplicável a proteção aos judeus, como vedação ao antisemitismo. Paradoxalmente, até hoje não se pronunciou em nenhum caso envolvendo racismo contra

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

negros. A destinação constitucional, contudo, de vedação ao racismo deve ser vista em seu duplo aspecto: no aspecto negativo, impedir qualquer conduta, prática ou atitude que incentive, prolifere ou constitua racismo; no aspecto positivo, um mandamento constitucional de tomar as medidas cabíveis- legislativas, administrativas, judiciais- e possíveis, para o fim da erradicação de tal prática. O fator "raça", no sentido social, pode ser utilizado como díscrimen, dentro dos objetivos de justiça social, com fundamento de promover bem de todos, "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras discriminações" (artigo 3º inciso IV, Constituição Federal. Ademais, nenhuma das universidades afirmou a existência de raças em sentido "genético": antes, optou pelo critério de autoatribuição, conforme instrumentos internacionais, ou pelo fenótipo, como adotado pela UNB na ação discutida. A insistência no "tribunal racial" (na realidade, uma comissão para analisar os casos eventualmente acusados de fraude ao sistema) tem mais a conotação de insuflar um perigo autoritário inexistente e uma semelhança com processos de "eugenia", que, conforme se verifica na história, inclusive no Brasil, serviram de pretexto sempre para desqualificar os não-europeus: aqui, os indígenas e negros. Impertinentes, portanto, as considerações sobre "ancestralidade" ou "gota de sangue", que são aplicáveis aos Estados Unidos, mas não aqui.

Segundo, a inexistência de critérios legais de diferenciação entre os cidadãos no período republicano deve ser historicamente analisada. Se é verdade que o processo de miscigenação no Brasil foi mais intenso que em outros países e que tampouco houve apartheid como na África do Sul ou segregação racial como nos Estados Unidos, não é demais lembrar que:
a) ao período mais longo de escravidão da América, seguiu-se uma lei de terras que somente permitia a compra (excluindo, de forma implícita, negros e indígenas);
b) o primeiro Código Penal previa a capoeiragem como contravenção, da mesma forma que a lei de contravenções, em 1940, previa a vadiagem (desnecessário dizer a quem se aplicam os dois dispositivos);
c) até o advento do Código Civil de 1916, ainda se discutia se os escravos libertos eram ou não cidadãos (e, não à toa, o voto dos analfabetos também era proibido);
d) independentemente da legislação, as Faculdades de Medicina defendiam a "eugenia", considerando o mestiço um "degenerado", da mesma forma que as Faculdades de Direito optavam pelo "branqueamento" (a população negra, no futuro, desapareceria), como forma de conseguir-se uma nação moderna, aos moldes da Europa (boa parte dos cientistas sociais brasileiros, no início do século XX, exceção feita a Manoel Bomfim(3), adotou um viés nitidamente de "racismo científico" e de "eugenia") ;
e) parte da legislação urbana, conforme mostram Betania Alfonsin e outros, promoveu o deslocamento da população negra para as periferias, a partir de políticas públicas de "sanitarização", "higiene" e de "códigos de posturas", no início do século XX; f) a libertação dos escravos não implicou mercado de trabalho para estes, pela opção de imigração européia intensiva e, se não foi determinado nenhum critério racial como afirmado, fica difícil de entender o artigo 2º do Decreto 7.967/45, que dispôs que o ingresso de imigrantes tinha em vista " a necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes de sua ascendência européia".

Um verdadeiro "racismo institucionalizado", de que as expressões "negro de alma branca", "negro só por fora", "nem parece negro", "é branco por dentro", "negro quando não suja na entrada, suja na saída", " a coisa está preta", são apenas alguns pequenos exemplos que passam como "naturalizados" e, pois,

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

sequer questionados (o que era a “boa aparência” senão uma forma racializada de recrutar somente funcionárias brancas?). A legislação urbana e penal teve um caráter de cunho racial implícito, porque mascarado por uma suposta “neutralidade”. A universidade, por sua vez, não somente “participou na exclusão das raças e etnias ditas inferiores, como teorizou a sua inferioridade, uma inferioridade que estendeu aos conhecimentos produzidos pelos grupos excluídos em nome da prioridade epistemológica da ciência” (4)

Terceiro, a preocupação com os “brancos pobres” e com as estatísticas é interessante porque somente aparece quando diz respeito a “negros”, ricos ou pobres. Não se verifica o porquê de favorecimento de preconceito racial ou a uma classe média negra (esta não poderia existir?). Ademais, independentemente do questionamento dos dados estatísticos (pardos devem ser incluídos como negros ou como brancos? negros são somente os negros ou pardos também?), o fato é que os dados salientados na ação e na decisão para afirmar que a desigualdade é social, dando conta de que “a pobreza caiu muito mais acentuadamente entre os negros e pardos do que entre os brancos” são os mesmos que afirmam que os negros e pardos pobres são 47%, ao passo que os “brancos pobres” são 21%. Um abismo entre os dois campos… A pobreza parece ter várias cores, mas tem uma que sobressai, é a leitura, às avessas, que pode ser feita dos dados fornecidos pelos próprios detratores das ações afirmativas. Tampouco se consegue explicar, por termos meramente econômicos ou de renda, como, na UFBA, em 2000, 65% dos alunos da Medicina eram brancos, ao passo que a população negra na Bahia era de 79,1 % (na UFMA, os alunos brancos da Medicina eram 56%, enquanto a população negra do Maranhão era de 78,7%). De toda forma, não se questiona nunca se o conceito de “pobre” não é demasiado fluido se comparado com a “autoatribuição” de “negros” e “pardos”. Parece que o questionamento somente vale de um lado… Sem desconhecer que as distintas opressões são entrelaçadas (um negro pode ser sexista, uma mulher pode ser racista, etc), a questão não é saber se ações afirmativas podem agravar o preconceito. É perguntar, antes: o sistema atual tem reduzido a discriminação e o preconceito racial?

Quarto, as ações afirmativas são, por definição, temporárias e, neste sentido, todas as universidades adotaram um período, em geral de dez anos, para monitoração dos resultados obtidos. Já existem estudos dando conta de que não houve decréscimo na qualidade de ensino (talvez aqui uma implícita assertiva de que negros seriam menos inteligentes, como se afirmava no início do século?), nem agravamento de tensões raciais. Seriam eles também manipulados? O monitoramento está à disposição da sociedade para questionamento, e mesmo a adoção dos inúmeros projetos (que podem incluir corte racial, social, escolas públicas, renda, etc), não foi feita sem muita discussão e polêmica prévia. Um processo de deliberação democrático, cheio de tensões, mas também de mobilizações.

A adoção destas políticas nas universidades nem impede a expansão de vagas, nem outras ações no ensino médio e técnico (aliás, as metas para a educação, em especial infantil, fundamental, ensino médio estão previstas e detalhadas na Lei 10.172/2001 e, pois, foram submetidas à deliberação democrática). O Prouni, com relação às universidades privadas, tem perfil, neste sentido, complementar a tais ações. Outras podem ser propostas. As políticas “afirmativas” (que não se reduzem a “cotas”, mas envolvem medidas pró ativas), imperfeitas que sejam na sua aplicação, instáveis em sua elaboração, e mesmo transitórias na formulação, implicam um grau de “experimentação” na busca de soluções, demonstrando que a aparente “neutralidade” das políticas estatais não impediu o racismo mascarado de “miscigenação”, o machismo estabilizado no âmbito “privado” e a manutenção de todo um sistema de

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

“colonialismo interno”. Tem sentido o “desperdício da experiência”, sem nada propor em substituição?

Quinto, porque a alegação de “importação acrítica” envolve situações às vezes paradoxais. Os próprios atores jurídicos têm “importado” as doutrinas européias sobre proporcionalidade, “dignidade da pessoa humana”, “regras e princípios”, controle de constitucionalidade e tantas outras, muitas vezes com absoluta desatenção às peculiaridades locais (por que julgados da Alemanha sobre “dignidade humana” e não da Colômbia ou do Peru, por exemplo, quando envolvem minorias étnicas? Por que não verificar como outros países da América Afro-Latina e, pois, de colonização ibérica, analisaram a questão do racismo e de ações afirmativas?). Por sua vez, o próprio “transplante” de ideias jurídicas, como bem salientam William Twining e Diego López Medina (5), envolve um largo processo de adaptação, de criação e mesmo de reinvenção (muitas vezes, afirmando o contrário do “original”): ou seja, a complexidade é maior que a simples “osmose”.

Ademais, os mesmos que alegam a importação “acrítica” se escudam nos julgamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos, ignorando a “virada conservadora” dos anos Bush, a “moralização” do próprio país em questões de comportamento e mesmo os critérios de “escrutínio judicial” dos critérios utilizados, ao mesmo tempo em que desconhecem que os movimentos negros, dos dois lados do Atlântico, se transnacionalizaram e, pois, utilizam as mesmas ações de formas distintas, criam laços de solidariedade, buscam formas de cooperação. Ou seja, não se visualiza, assim, a constituição dos negros como propositores de medidas contra o racismo e as discriminações. (6) A utilização “não-hegemônica” dos conceitos de ações afirmativas gestados nos Estados Unidos e as mobilizações dos distintos movimentos negros pela discussão do racismo são uma forma de “canibalizar” as teorias, deglutindo e aproveitando o sumo para criação de novos conceitos e ações. É a gestação, em realidade, de um novo “Manifesto Antropofágico”, a partir daquela intuição, constante na poesia “Pau Brasil”, de que “um negro gira a manivela do desvio rotativo em que estais”. (7) É o reconhecimento da injustiça cognitiva, que excluiu, na universidade, a produção de conhecimento por parte de negros (e não mais somente como objeto de estudo). Se a universidade não discutir o racismo, onde ele vai ser discutido?

Sexto, a questão da ampliação de direitos a “negros”, com “evidente” prejuízo a “brancos” ou a produção de “vítimas inocentes” (ou seja, pessoas que serão preteridas, apesar de nunca terem sido racistas) necessita ser vista para além do chamado “paradoxo da igualdade” de Alexy: “toda igualdade de direito tem por consequencia uma desigualdade de fato, e toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito”. É somente por meio deste paradoxo que as ações afirmativas podem ser vistas, por alguns, como uma “injusta” discriminação contra “brancos”. Na realidade, a aparência de “discriminação positiva” , em favor de indígenas, negros, mulheres e outras “minorias” (a própria expressão tem o sentido iluminista de “menoridade”), por meio do reconhecimento de seu próprio direito, leva encoberta a persistência de uma profunda discriminação contra eles. (8)

Dois exemplos podem ser interessantes. Ira Katznelson observou, recentemente, com relação aos Estados Unidos da época do New Deal o seguinte: ao propor-se a “GI Bill of Rights” para superar a crise de 1929, para os veteranos de guerra até 1955, os planos sociais excluíram os trabalhadores agrícolas e domésticos, as ocupações mais comuns dos negros na época, impulsionando, a criação de uma classe média branca. Como afirma o autor, uma autêntica “ação afirmativa para brancos.” (9) O segundo está na própria raiz da Declaração Universal dos Direitos Humanos: ao mesmo tempo em que afirmava a igualdade de todos “independente de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição", tais disposições não eram, de imediato, aplicáveis aos países colonizados (a Declaração "descolonizadora" somente foi assinada em 1960), da mesma forma que a proibição de escravidão não abrangia o "trabalho forçado", praticado nas então colônias da Ásia e África (objeto de tratado internacional específico em 1956). Houve, inclusive, toda uma discussão sobre a compatibilidade da própria declaração e dos pactos subsequentes à ordem internacional (afinal, os Estados Unidos, signatários, não admitiam direitos iguais a negros até 1964).

O que se busca destacar com os dois exemplos é que disposições simples, aparentemente neutras, privilegiaram um sujeito de direito específico- ocidental, branco, masculino, cristão, heterossexual- que "invisibiliza" ou ignora a diversidade do mundo. E a legislação que favorece o padrão "normativo" não é vista como fonte de privilégio nem como violadora de "outros direitos", olvidando a existência de "beneficiários do sistema". Não é à toa que somente "negros" são "pessoas de cor" e que se fale de "sexo" e "gênero" quando envolvidos direitos de mulheres, gays, lésbicas e transgêneros. Em realidade, o que antes se via como "vício de discriminação" (daí falar-se, hoje, em "discriminação positiva") pode, agora, representar a "virtude do direito, a dos direitos que tem sido, com anterioridade, subtraídos a determinados sujeitos". (10) É o reconhecimento do quão colonial e discriminatório foi o intento inicial de declaração de igualdade.

Sétimo, porque, apesar de o STF já ter se inclinado pela "supralegalidade" dos tratados internacionais de direitos humanos, a questão somente foi apreciada quando envolvia depositário infiel (direito individual). No caso Raposa Serra do Sol, não apreciou a Convenção 169 da OIT (que prevê consulta livre, prévia e informada e a não-redução dos territórios tradicionais ou medidas para restauração do "*statu quo ante*") e foram tecidas críticas à Declaração dos Povos Indígenas, afirmando seu "caráter não-jurídico" (ignorando jurisprudência internacional que a admite como fonte costumeira e informadora dos parâmetros de julgamento). A questão das células-tronco foi pródiga em citação de declarações internacionais, mas sem apreciação de caráter de fundamentalidade. Aqui, tem-se a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (Decreto 65.810/1969), que, inclusive, estabelece o conceito de "discriminação", afastando as ações "afirmativas" (presumivelmente, de cunho"racial") de tal pecha (artigo 1º, parágrafo 4º). Depois de ter apreciado vários documentos internacionais para se pronunciar sobre racismo no citado Habeas Corpus, ignoraria o STF um tratado internacional contra discriminação racial? Trabalharia o STF com um "direito da antidiscriminação"? Que consequências, para o constitucionalismo brasileiro, teria a distinção, constante na doutrina estadunidense, entre "direito a igual tratamento" e "direito a ser tratado como igual"? (11)

Ademais, o relator especial sobre "formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância relacionada", na missão ao Brasil (17 a 26 de outubro de 2005) (12) salientou, em relação ao Judiciário, as seguintes medidas: a) o Ministério da Justiça deveria criar ramos especializados em racismo e discriminação racial dentro dos tribunais e das procuradorias para ampliar o grau de implementação da legislação antiracismo existente; b) treinamento regular nesta matéria de juízes e promotores; c) um sistema de controle deveria ser estabelecido no Judiciário para monitorar o julgamento de violência racialmente motivada e crimes contra esses grupos. Na própria visita, constatou que os membros do Judiciário afirmavam a harmonia entre as raças, poucos casos de conflito racial e que a problemática era mais de "cunho econômico", ou seja, a manifestação da "democracia racial"

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

como dado, não como projeto não-realizado. O relatório de 2005, neste sentido, não é distinto de outros (13) que destacam a ausência de formação em matéria de racismo para os operadores do direito e a escassa consideração do Direito Internacional dos Direitos Humanos na jurisprudência brasileira. Um bom desafio para o STF, neste caso, e para as Escolas de Magistratura e do Ministério Público, em suas atribuições (e também para o Ministério da Justiça).

Oitavo, porque tanto a argumentação da inicial quanto da decisão parecem levar à conclusão de que seria objeto de análise o modelo normativo de ação afirmativa adequado ao Brasil e não somente de compatibilidade constitucional. Aqui reside um risco de restrição à autonomia universitária e ao próprio caráter de inovação das propostas, plurais em vários sentidos, com a possibilidade de "formatação" de modelo único. Mesmo em relação à análise da proporcionalidade, as questões têm sido postas de forma a procurar verificar se "ações afirmativas com critério econômico seriam mais eficazes", se "o sistema de cotas raciais seria o mais adequado ao fim pretendido" ou se "cotas baseadas em renda familiar ou egressos do serviço público atingiram o mesmo fim de forma mais igualitária".

A doutrina (14), ao analisar o princípio da proporcionalidade, como adequação dos meios, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tem destacado alguns nortes a serem observados: a) não existe um dever de escolher o meio mais seguro, melhor e mais intenso, mas sim o "dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim", somente devendo ser anulada a disposição quando a inadequação for evidente e injustificável; b) a verificação de meio menos restritivo deve indicar o mais suave, em geral e nos casos evidentes, porque sempre é possível imaginar um meio que promova melhor o mesmo fim que aquele inicialmente proposto; c) deve-se comparar a importância da realização do fim e a intensidade da restrição a direitos fundamentais (vantagens são proporcionais às desvantagens causadas? o fim justifica o grau de restrição?). Observe-se, contudo, que o juízo de proporcionalidade, aqui, exige que se busquem "para alcançar os benefícios gerais necessários, as alternativas menos onerosas do ponto de vista do dever de superar a situação de subordinação do grupo desavantajado" e, não havendo esta alternativa, verificar se o "propalado benefício geral é mais importante para a sociedade do que a superação da situação da subordinação" (15)

Independentemente da discussão relativa ao risco de eventual "ativismo judiciário", parece que, neste caso, deve ser afastada tentativa de "modelo ideal", ainda que por parte do Supremo, de forma a que se permitam propostas distintas, no ânimo de concretização dos fins constitucionais de repúdio ao racismo (artigo 4º, inciso VII e artigo 5º, inciso XLII), redução das desigualdades sociais (artigo 3º, III), pluralismo de ideias (artigo 206, III), garantia de padrão de qualidade de ensino (artigo 206, inciso VII), defesa e valorização dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (artigo 216), valorização da diversidade étnica e cultural (artigo 215, 3º, V) e promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça e cor e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV). De outra forma, como assegurar que, ao decidir por "um" modelo, o STF não está incorrendo em "proibição de insuficiência", adotando "medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais?" (16)

Se tomar-se como parâmetro que a ação intentada pelo Partido Democrata está ligada à "identidade nacional" e ao conceito que o "brasileiro tem de si mesmo", não seria demais lembrar que a cultura não é um dado estático, que as ciências sociais destacam que o brasileiro tem "preconceito de ter preconceito" e que o reconhecimento da demodiversidade (diferentes instituições com distintos graus democráticos),

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

da sociodiversidade (distintos grupos sociais) e da cosmodiversidade (diferentes cosmologias) dentro de um Estado que sempre se viu homogêneo ainda é muito incipiente no meio jurídico. Os mais de vinte e cinco pedidos de inclusão como *amicus curiae* nas ações já propostas revelam o alto grau de legitimidade e de mobilização, junto aos movimentos sociais e comunidade acadêmica, obtidos pelas medidas e pela construção de alternativas. Testar o mito homogêneo da "democracia racial" pode ser uma forma de mostrar que outros modos de vida, sociabilidade, de relações sociais, de conhecimento, de tradições estão presentes, que a diversidade epistemológica é maior que a "canônica" e que a abolição da escravatura não foi o fim do processo colonial. Daí talvez a afirmação da oralidade, que tanto subalternizou os conhecimentos negros e indígenas, pelo privilégio concedido às formas escritas, seja a nova forma encontrada de "descolonizar" mentes, eliminando o silenciamento a que foram submetidos e questionando a própria universidade. Eis um belo desafio para o STF.

Referência

1. HÄBERLE, Peter. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid, Trotta, 1998, em especial p. 52 e 76.
2. GOMES, Joaquim Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40
3. BECHELLI, Ricardo Teixeira. Nacionalismos anti-racistas. Manoel Bomfim e Manuel Gonzalez Prada (Brasil e Peru na passagem para o século XX). São Paulo: LCTE, 2009. p. 70-80, 90-99.
4. SANTOS, Boaventura de Sousa. A Universidade no século XXI. São Paulo: Cortez, 2005, p. 73.
5. TWINING, William. General Jurisprudence. Understanding law from a global perspective. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 269-293. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoria impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: LEGIS/Universidad de los Andes/Universidad Nacional de Colombia, 2004.
6. COSTA, Sérgio. Dois Atlânticos. Teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 151-194
7. ANDRADE, Oswald. Pau-Brasil. São Paulo: Globo, 1991, p. 66.
8. CLAVERO, Bartolomé. Why are only indigenous peoples internationally entitled to a specific right to their own culture? Lecture at Columbia University, January, 21, 2009. Disponível em : http://hrcolumbia.org/indigenous/lecture-columbia-1-21-09.pdf
9. KATZNELSON, Ira. New Deal, Raw Deal. How Aid Became Affirmative Action for Whites. Washington Post, September, 27, 2005, page A23. Disponível em: http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/09/27/AR2005092700484.html.Ver também: HORWITT, Sanford D. The raw deal coiled in the New Deal. San Francisco Chronicle, August 28, 2005, page C1. Disponível em: http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/c/a/2005/08/28/RVG0SEA4JK1.DTL&type=printable
10. CLAVERO, Bartolomé. No distinction shall be made: gentes sin derechos y enemigos sin garantías en los órdenes internacional y constitucional, 1945-1966. Disponível em: http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2009/02/gentes-sin-derechos-en-el-derecho-de-los-derechos-humanos.pdf, p. 45.
11. Vários aspectos de direito constitucional, em especial quanto ao princípio da igualdade e ao "mérito" no sistema universitário, foram apreciados em dois julgamentos do TRF/ 4ª Região: AMS nº 2005.70.00.008336-7/PR, Rel. Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, julg. 25/03/2008, publ DE 24/04/2008; AMS nº2008.72.00.000413-8, Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, julg. 28-07-2009, publ. DE 20/08/2009.
12. Disponível em :

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

http://www.irohin.org.br/ref/docs/doc01.doc
13. Sistema judicial y racismo contra afrodescendientes. Disponível em: http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/raz-sistema-jud-racismo2.pdf. Vide também: El racismo y la administración de la justicia. Madrid: Amnistia Internacional, 2001. 14. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 166-170, 171, 173.
15. RAUPP RIOS, Roger. O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas no direito constitucional estadunidense. Tese de doutorado, UFRGS, 2004, p. 36
16. CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 273.

Date Created
12/09/2009

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.