

NEGROS E ÍNDIOS: AÇÕES AFIRMATIVAS E A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL¹

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO^{*}
EDUARDO JOSE BORDIGNON BENEDETTI^{**}

RESUMO

O tema da justiça esta presente na tradição jusfilosofica desde o pensamento clássico até o contemporâneo. Nesse sentido, termos como igualdade e diferença, foram conceituados de maneiras diversas através dos tempos, sendo, atualmente, compreendidos conjuntamente. O Estado social de Direito assume o compromisso de promover a igualdade material. As ações afirmativas são políticas públicas de discriminação positiva, que sinalizam para uma dupla função: reparadora e redistributiva. O trabalho parte do pressuposto de que esse instituto, surgido no direito norte-americano, se expressa diferentemente em cada sociedade o que exigiria um aprofundamento dos diferentes argumentos que justificam a criação de políticas de ação afirmativa para negros e para indígenas, particularmente no acesso às instituições de ensino superior. Nessa perspectiva, pode-se traçar um panorama da justiça social no Brasil. A igualdade substantiva é uma meta a ser atingida pela ação conjunta do poder público e da sociedade, repercutindo na efetividade dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: ações afirmativas; negros; índios; direitos humanos; justiça social

ABSTRACT

The justice theme is present in the legal and philosophical tradition from the classical to the contemporary thought. In that sense, terms as equality and difference received diverse concepts throughout time and are nowadays understood collectively. The social State of Law has the role of promoting material equality. The affirmative actions are public policies of positive discrimination, which refer to a dual function of repairing and redistributing. This study is based on the idea that this institute, originated in the North-American law, is manifested differently in each society, which would demand a deeper analysis of distinct

¹ Trabalho inicialmente apresentado no Grupo de Trabalho n. 4, Direitos indígenas na Universidade do II Fórum Internacional da Temática Indígena na Universidade Federal de Pelotas, 14-16 de maio de 2012.

^{*} Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande.

^{**} Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas. Integrante do Grupo de Pesquisa *Direito e Justiça Social*. E-mail: eduardoj.benedetti@gmail.com

arguments that justify the creation of affirmative action policies for Afro-descendants and aboriginals, especially regarding the access to third degree institutions. Based on that, a view of social justice in Brazil can be constructed. Substantive equality is a goal to be achieved collectively by the government and the society, resulting in the effectiveness of human rights.

KEYWORDS: affirmative action; Afro-descendants; aboriginals; human rights; social justice.

SUMÁRIO

Introdução. 1 A diversidade cultural. 1.1 Definindo os sujeitos: índios e negros. 1.2 Nuances e contradições. 2 As políticas públicas de ação afirmativa. 2.1 O direito a uma política de discriminação positiva. 2.2 A políticas de ação afirmativa para índios e negros. Conclusão. Referencias bibliograficas

INTRODUÇÃO

A afirmação dos direitos de cidadania é, certamente, uma das conquistas marcantes da modernidade, permitindo que os temas da liberdade e da igualdade sejam permanentemente atualizados, representando a possibilidade concreta de igual tratamento e oportunidades. Por outro lado, o universalismo da modernidade se contrapõe às diversas condições históricas as quais os sujeitos estão submetidos. As ações afirmativas partem da constatação dessa realidade complexa em busca da igualdade material. Não se trata aqui de promover a desigualdade, ou de assegurar “divisões inexistentes” na sociedade, mas sim de promover a inclusão dos grupos socialmente vulneráveis.

As ações afirmativas não só realizam a igualdade substancial como também promovem a diversidade. Nesse sentido, diversidade e igualdade aqui estão implicadas reciprocamente. Nesse sentido, o ensaio desenvolve o princípio da diversidade (1), sobretudo no que se refere a indígenas e negros (1.1) e trata dos caminhos sinuosos para se alcançar a efetividade dos direitos humanos (1.2). Em seguida, apresenta-se brevemente o instituto das ações afirmativas e seu desenvolvimento no direito brasileiro (2.1), para, finalmente, analisar a complementariedade da aplicação desse instituto para negros e indígenas (2.2).

1 A DIVERSIDADE CULTURAL

1.1 Definindo os sujeitos: índios e negros

A dignidade humana é o valor central perseguido pelo Direito, particularmente quando procura conjugar valores universais ao desenvolvimento da pessoa humana. Muito mais do que um princípio abstrato, é uma prescrição jurídica, que, todavia não se exaure em si: articula outros princípios, como a autodeterminação dos povos, a igualdade e a liberdade. Da mesma forma, o princípio da igualdade não se sustenta de maneira isolada. A igualdade material atinge a situação concreta do indivíduo, atentando para a influência de questões identitárias e sociais. A igualdade não elimina a diferença, assim como a diferença não impossibilita a igualdade. Então, o sujeito coletivo de direitos, abrange a diferença em sua natureza social e política.²

A discussão em torno do direito a diferença surge a partir do pós-estruturalismo, na década de sessenta, em grande parte, pelo questionamento ao sujeito cartesiano símbolo da modernidade. No campo do direito, a tensão é visível, já que o direito está baseado em juízos de razoabilidade que, em grande medida, opera com base na subsunção do abstrato ao caso concreto. Para ser operacionalizado, o direito hierarquiza e classifica. A classificação nada mais é do que a inglória tarefa de “substituir a diversidade infinita do real por um número limitado de categorias”.³ Tais dificuldades podem ser exemplificadas pela dificuldade da definição dos índios na legislação.

O Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973), nessa perspectiva, procura definir os indígenas enquanto um povo aparte da sociedade nacional, além de recorrer à ascendência

² Segundo Rosinaldo Silva Sousa, esse sujeito coletivo não se confunde com a abstração de um sujeito universal de direitos. Pelo contrário, “não deve ser confundido com os interesses difusos de sujeitos individuais, nem com o sujeito ainda individualizado dos ‘direitos individuais homogêneos’, definidos como ‘os de origem comum’” Trata-se, então, de minorias culturais que demandam direitos para os seus grupos, comprometidos com a afirmação de critérios valorativos próprios. (Direitos Humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In: *Antropologia e Direitos Humanos*, Organizado por Regina Reyes Novaes; e Roberto Kant de Lima. Niterói: Editora UFF, 2007, p. 61).

³ MUNIZ, Kassandra da Silva, A contribuição dos estudos da linguagem para o debate sobre as ações afirmativas para negros no Brasil. In: OLIVEIRA, Iolanda e outros (Org.), *Negro e Educação 4: linguagens, educação, resistências, políticas públicas*. São Paulo: Educativa/ANPED/INEP, 2007, p.319.

pré-colombiana, o que exige uma genealogia dos povos que nem sempre é possível de ser identificada, dificultando sobremaneira o reconhecimento da identidade indígena.

Lei n. 6.001/1973.

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I – Índio ou Silvícola – É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II – Comunidade Indígena ou Grupo Tribal – É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.

Art. 4º Os índios são considerados:

I – Isolados – Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II – Em vias de integração – Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III – Integrados – Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Tendo em vista o direito a diferença, a melhor maneira seria a definição pela autoidentificação da comunidade. Sendo a comunidade a responsável pela definição da identidade coletiva, caberia a lei antes conceituar o que seria comunidade indígena.⁴

Uma solução normativa poderia ser encontrada quando da ratificação pelo Senado, em 2004, da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que, em seu artigo 2º, assinala a importância da autoidentificação: “A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as

⁴ BARBIERI, Samia Roges Jordy. *Os direitos constitucionais dos índios e o direito a diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana*. Coimbra: Almedina, 2008, p.39.

disposições da presente Convenção”.

A constituição brasileira de 1988 também trata indiretamente da afirmação da identidade étnica.⁵ Por exemplo, quanto à educação indígena, prevê, no artigo 210, o uso da língua materna nos processos de aprendizagem dos povos indígenas. Nesse sentido, a Portaria Interministerial n. 559, de 1991, estabeleceu as diretrizes próprias das escolas indígenas, como calendário escolar, material didático e metodologia específica. Até então, ainda era predominante a formação de “mediadores indígenas”, os quais apenas “mediavam os conhecimentos ocidentais na língua indígena das crianças”, numa perspectiva marcadamente integracionista.⁶

A tentativa de definição das identidades pode recorrer em uma espécie de essencialismo. Todavia, o caso dos negros demonstra como, a partir da década de setenta, a apropriação do termo “negro” pelos movimentos sociais converteu esse essencialismo em uma forma de reivindicação política. Nesse sentido, tanto os procedimentos de auto quanto os de heteroidentificação para o acesso ao ensino superior via ações afirmativas pressupõe uma “essencialização estratégica” visando à constituição de uma ontologia da identidade negra. De fato, antirracismo, para romper com a democracia racial, “tem que significar [...], antes de tudo, a admissão de sua 'raça', isto é, a percepção racializada de si mesmo e dos outros”.⁷

Frente à emergência do sujeito coletivo de direito, deve-se perguntar qual é o lugar do universalismo dos direitos humanos nas lutas identitárias. No primeiro momento, o universalismo retoma a concepção iluminista de um sujeito abstrato e ocidentalizado. Por outro lado, os direitos humanos se desenvolvem em contextos diferenciados, não obedecendo necessariamente à cronologia histórica europeia. O ideário universalista deixa, então, de representar a existência de um único sujeito de direitos, para tratar de uma “ideia unificadora”⁸ que permite identificar um conjunto de

⁵ LOBATO, Anderson O. C.; BECKHAUSEN, Marcelo. Constitution et Culture: le droit des indiens. In : POUSSON-PETIT, Jacqueline (sous la direction de), *L'indépendance de la personne humaine ; étude de droit français et de droit comparé*. Bruxelles : Bruylant, 2007, p. 862.

⁶ WEBER, Cátia. Escolarização, ensino superior e identidade étnica: a experiência das professoras Xokleng/Laklãnõ. *Visão Global*. Vol. 13, 2010, p. 259.

⁷ COSTA, Sergio. A construção sociológica da raça no Brasil. *Estudos Afro-asiáticos*. Rio de Janeiro, vol. 24, n. 1, p. 42.

⁸ SEN, Amartya. Direitos humanos e diferenças culturais. In: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 421.

regras comuns em todas as ordens de direito comparado.⁹

1.2 Nuances e contradições

A lei não possui vontade própria. Ela muda pela vontade dos atores sociais que, no agir coletivo, constituem o poder político. Assim, as mudanças partem da atuação dos movimentos sociais e de sua repercussão nas esferas de decisão. A aplicação de políticas públicas requer pequenos ajustes periódicos para, em longo prazo, procederem-se a mudanças de maior impacto. É no desenrolar desse processo que se afirma o compromisso com a efetividade dos Direitos Humanos. No processo que Boaventura de Sousa Santos¹⁰ identifica como uma “tensão dialética entre políticas de regulação e de emancipação”, a emancipação pode vir a se tornar uma forma de regulamentação, na medida em que assegura o predomínio de um único tipo de racionalidade e a instrumentalização da sociedade (pelo estado e pelo mercado). Portanto, o processo de desenvolvimento dos direitos humanos também não é linear, definindo-se no embate em torno de ideias e interesses distintos.

Desde a década de noventa tramita na Câmara dos Deputados o projeto de revisão do Estatuto do Índio. Na verdade, a Lei n. 6.001/1973, hoje resta desatualizada e superada por outros instrumentos normativos. Aqui a influência do direito internacional é marcante, sobretudo a partir da Convenção n.169 da OIT que, junto a Constituição de 1988, estabelecem um novo marco na defesa das comunidades tradicionais. Nesse sentido, Dalmo Dallari sintetiza as principais contribuições:

“Um ponto inovador, de profunda significação foi o reconhecimento dos elementos culturais como essenciais na identificação do índio, na preservação de sua dignidade e até mesmo na garantia de sua sobrevivência. Ficou muito claro, na Convenção nº169, que o índio, como ser humano, deve ter os mesmos direitos conferidos e assegurados todos os demais indivíduos, sem qualquer discriminação. Foi enfatizada, também, a necessidade de proteger de modo especial os direitos dos índios e de suas comunidades, sem que para receber essa proteção o índio seja obrigado a abrir mão de

⁹ LOBATO, Anderson O. C. Constituição e Cultura: o direito à diversidade cultural. In: STOLZ, Sheila (Org.) *Encontro Anual de Grupos de Pesquisa em Direito da Região Sul do Estado do Rio Grande do Sul*. Rio Grande: FURG, 2007, p. 11.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 430.

direitos ou a se colocar como pessoa de qualidade inferior.”¹¹

De fato, entre as principais inovações da Convenção estão: a previsão de que os indígenas desfrutam dos direitos humanos, vedando sua restrição por força ou coerção (artigo 3º), ações governamentais destinadas a sanar as disparidades socioeconômicas (artigo 2º) e a autonomia para a definição de seus próprios rumos no processo de desenvolvimento (artigo 7º). As determinações da Convenção 169 estão internalizadas no ordenamento constitucional brasileiro nos seguintes termos:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarca-las, proteger e fazer respeitar os seus bens. [...]

§ 6º: São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Nesses termos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no caso das terras indígenas Raposa Terra do Sol consolidou a inalienabilidade e imprescritibilidade dos direitos indígenas.

Interessante observar que a tese da indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos é atualizada nos direitos indígenas que, em oposição à tese de que os direitos sociais fariam parte de uma segunda geração de direitos humanos reconhecida tardiamente, as políticas igualitárias e democráticas tratam da complementariedade e satisfação simultânea dos direitos civis, políticos e sociais.¹² Assim, pode-se concluir que os direitos sociais “enquanto normas jurídicas de valor constitucional, produzem efeitos

¹¹ DALLARI, Dalmo. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, vol. 28, n. 111, 1991, p. 318.

¹² SCHWARZ, Rodrigo García. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales: su imprescindibilidad y sus garantías*. Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa, 2011, p. 64.

jurídicos imediatos, tais como a revogação e a caracterização da inconstitucionalidade de toda legislação infraconstitucional incompatível com os novos direitos”.¹³

A tensão entre políticas de regulação e autonomia, antes identificada, apesar dos avanços normativos e doutrinários, ainda é visível. Observa-se na década de oitenta, que a situação de mulheres, negros e índios é semelhante, na medida em que ambos sofrem “o não reconhecimento legítimo de sua existência como identidade coletiva comum e atuante ou, o que é quase a mesma coisa, o não reconhecimento de seus conflitos como politicamente relevantes no conjunto dos problemas nacionais”.¹⁴ A cidadania indígena foi relegada pela imposição, na história brasileira, de lógicas homogeneizadoras, destinadas a assegurar a coesão social, como o ideário progressista, a sombra do positivismo, e o capitalismo. Seja por serem povos estranhos à evolução histórica ou por possuírem formas de economia pré-capitalistas, em ambos os casos, o desenvolvimento histórico teria como consequência o desamparo e o desaparecimento inevitável das populações indígenas. Assim, caberia a esses povos se resignarem a

“... morte lenta e inevitável como grupos culturais com identidade própria – isto é, a ideia da inevitabilidade de seu desaparecimento como experiência coletiva viva, capaz de repor suas instituições a cada ato, capaz de manter, no tempo, uma cultura própria. Condenados de antemão pelo seu encontro com o caráter monolítico e impositivo da sociedade nacional, os povos indígenas, no desamparo de sua própria primitividade, teriam como destino fatal desfazer-se no espaço homogêneo da nacionalidade”¹⁵

2 AS POLITICAS PUBLICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

2.1 O direito a uma política de discriminação positiva

A prerrogativa do poder público de agir positivamente, assegurando a representação de grupos tradicionalmente excluídos do mercado de trabalho e dos processos de educação formal se

¹³ LOBATO, Anderson O. Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Ed. RT, n. 22, 1998, p. 150.

¹⁴ PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado. O sentido histórico da noção de cidadania no Brasil: onde ficam os índios. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 33, n 131, 1996, p. 20.

¹⁵ Idem, *ibidem*.

consolidou no pós-guerra. A partir da década de setenta, assiste-se a uma democratização dos tribunais estadunidenses que passam a adotar uma nova concepção do princípio da igualdade. A atuação jurisdicional não fica mais restrita às demandas apresentadas aos tribunais. Trata-se, agora, não apenas de atingir o ato discriminatório, mas sim o resultado da discriminação. Já não basta a aplicação de uma norma proibitiva, que atinja o ponto inicial do início da desigualdade. Pelo contrário, deve haver medidas positivas que assegurem a igualdade no presente. As ações afirmativas tanto provocam uma ação positiva do estado quanto combatem os efeitos duradouros da discriminação.¹⁶

As Revoluções burguesas elevaram a igualdade a um dos princípios basilares do ordenamento jurídico. Já nos primeiros documentos jurídicos da modernidade, o princípio da igualdade pressupõe a criação de um espaço público “neutro”, em que todos tenham as mesmas oportunidades. Contudo, seria a igualdade formal que deveria permitir a alternância do poder político¹⁷. No século XIX, com a demonstração das insuficiências do liberalismo, sobretudo com as experiências socialistas e revolucionárias, redimensiona-se o papel do poder público. Que, doravante, assume uma postura ativa e promocional, não se restringindo às garantias negativas, adotando políticas positivas de promoção material dos direitos de cidadania.¹⁸

Contudo, o constitucionalismo liberal e social retomam a ideia aristotélica de igualdade como a proporção que atribui a cada um o que é seu. Com efeito, a máxima de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, é tão somente um ponto de partida.¹⁹ As ações afirmativas são as políticas sociais que operacionalizam esse ponto de partida, atuando, não sobre as causas primeiras, mas sim sobre os resultados da discriminação. Logo,

“podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da

¹⁶ GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio da constitucional da igualdade: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55.

¹⁷ GUGLIANO, Alfredo Alejandro . El Presupuesto Participativo y la transformación de la Teoría Democrática. *Demos Participativa*, v. 3, 2011, p. 41-43.

¹⁸ ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'État providence*. Paris : Seuil, 1992, p. 124.

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 10.

discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego²⁰

O projeto de Estado providência pressupõe uma igualdade substancial (material), na qual as políticas de discriminação positiva estão necessariamente inseridas. Essas políticas assumem que, para concretizar a igualdade material deve-se assegurar um estímulo para que determinados grupos sociais estejam representados e sejam reconhecidos no mercado de trabalho e nas instituições de ensino, por exemplo. Ações afirmativas é uma denominação genérica para um conjunto amplo de políticas, das quais as cotas são tão somente uma das formas de execução.²¹ A “natureza multifacetária” das ações afirmativas visa a impedir que a discriminação se manifeste tanto formalmente quanto nas práticas cotidianas.

Desde a adoção das políticas de ação afirmativa no Brasil, na década de noventa, a sua conformidade à Constituição brasileira de 1988 tem sido objeto de estudo e questionamento judicial. Concretamente, o constitucionalismo contemporâneo seria o resultado de tensões entre um modelo liberal e social de Estado de Direito. A análise da constitucionalidade das políticas de discriminação positiva busca enfrentar a questão: “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?”²² No questionamento, restam implícitas outras discussões do direito constitucional, como os critérios de justiça distributiva e de justiça compensatória.

De fato, as políticas públicas de ação afirmativa devem se prestar tanto a realização da justiça distributiva quanto da reparadora.²³ Logo, enquanto esta objetiva reparar os danos

²⁰ GOMES, Joaquim Barbosa, op. cit., p. 40.

²¹ LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante; TODESCHINI, Remígio; VASQUES, Ione Menezes; SORATTO, Lúcia. Desafios das Cotas em Políticas Públicas de Emprego - Trabalho, Constituição e Políticas Públicas de Cotas: A efetividade dos Direitos Sociais em uma Comunidade de Princípios. In: TODESCHINI, Remígio. ; VASQUES, Ione Menezes ; SORATTO, Lúcia (Org.). *O mundo do trabalho*. 1ª ed. São Paulo: LTR, 2010, v. 1, p. 1-224.

²² MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op. Cit., p. 11.

²³ A ideia de justiça reparadora é ilustrada no discurso do presidente americano Lyndon Johnson, proferido na Howard University, instituição frequentada na década de 60 eminentemente por negros: “não se pode pegar um homem que ficou

causados no passado, por isso devendo atingir a própria pessoa que sofreu a discriminação, aquela corrige as injustiças presentes. Fato é que a justiça meramente reparadora não modifica a situação de desigualdade, apenas a alivia. Assim, a ênfase na complementariedade entre justiça distributiva e compensatória, assinala que não se trata de casos isolados de discriminação, mas de repensar a forma como toda a sociedade tratou historicamente os grupos excluídos. Avançando nesse argumento, tendo em consideração o princípio da diversidade, sustenta-se que as ações afirmativas vão além: realizam a justiça social, enquanto construção moral e política baseada na igualdade e nos direitos coletivos.

A aplicação do princípio da igualdade, tendo em vista o nexo de causalidade entre a conduta analisada e o ordenamento constitucional é motivo de longa análise jurisprudencial, repercutindo em diversas áreas do direito.²⁴ Reconhece-se o caráter dúbio do princípio da igualdade a que se denomina o “paradoxo da igualdade”. De fato, toda igualdade de direito gera uma desigualdade de fato. Por sua vez, toda desigualdade de fato tem como consequência uma desigualdade de direito.²⁵

Enfim, no debate constitucional parece ser consenso que a mera igualdade formal não efetiva quaisquer direitos. A simples “vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica”.²⁶

acorrentado por anos, liberta-lo das cadeias, conduzi-lo, logo em seguida, à linha de largada de uma corrida, dizer 'você é livre para competir com os outros', e assimpensar que se age com justiça". Tradução nossa. Disponível em : <<http://www.lbjlib.utexas.edu/johnson/archives.hom/speeches.hom/650604.asp>>.

Acesso em : 11. Maio.2012.

²⁴ A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 - movida pelo Partido Democratas, questionando a constitucionalidade do sistema de cotas para afrodescendentes nas universidades- foi julgada improcedente pelo Tribunal Pleno em 26 de Abril de 2012. Pela repercussão geral, o julgado tem vinculado a posição do supremo em casos análogos. Ver <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>. Acesso em: 11. Maio.2012.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. 2008, p. 419.

²⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. A ação afirmativa; o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 33, n. 131, 19996, p. 284.

2.2 A políticas de ação afirmativa para índios e negros

A tentativa de pensar conjuntamente as ações afirmativas para indígenas e negros, objetiva uma complementariedade de perspectivas. No início dos debates sobre as ações afirmativas, alguns setores contrários à implementação dessas políticas alegavam que não havia sentido em adotar tais ações somente para negros, visto que outros setores, como os índios, foram historicamente igualmente prejudicados. Tal argumentação encobre as características específicas de cada forma de discriminação, a representatividade de cada população e a demanda por políticas públicas específicas. Justamente em razão dessas especificidades, não é possível pensar o acesso de negros e indígenas as universidades segundo critérios abstratos como egressos de escola pública ou carência social. Seria, mais uma vez, subsumir as condições concretas ao formalismo procedimental.

As ações afirmativas, inspiradas na experiência norte-americana a partir da década de sessenta, entraram para o debate político no Brasil pela união dos movimentos sociais internos e as demandas internacionais. Superando as tímidas iniciativas anteriores (como o Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra, criado em 1995), a participação na Conferência de Durban, realizada na Austrália, em 2001, sinalizou, em suas recomendações, a importância das ações afirmativas no plano internacional. Entre os principais desdobramentos dos compromissos assumidos na ocasião, foi criada a Secretaria Especial para a Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), além do Programa Universidade para Todos, prevendo bolsas e vagas específicas para negros. As demandas indígenas, da mesma forma, lograram visibilidade no plano internacional, tanto que, a Declaração da Conferência de Durban reconhece “o valor e a diversidade das culturas e o patrimônio dos povos indígenas”. Nesse sentido, o *Relatório do Comitê Nacional* avançou na previsão de medidas específicas.²⁷

²⁷ Entre essas medidas estão: criação no Ministério da Educação da Coordenação-Geral de Educação Escolar Indígena; estabelecimento de escolas indígenas e formação continuada de professores indígenas, a realização de Licenciaturas Interculturais e “estabelecimento de políticas educacionais que possibilitem a permanência de estudantes indígenas nas universidades”. (*Relatório do Comitê Nacional para a preparação da participação brasileira na III Conferência Mundial das nações Unidas Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Durban, 2001, p. 31-35)

No plano interno, a primeira iniciativa de ações afirmativas para negros no ensino superior ocorreu em 2003 na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, de acordo com legislações anteriores (Lei n. 3.452, de 28 de Agosto 2000; Lei n. 3.708, de 9 de novembro de 2001). No caso de ações afirmativas para indígenas, a primeira experiência surgiu com uma lei do estado do Paraná que previu três vagas suplementares permanentes nas universidades estaduais (Lei n. 13.134, de 18 de abril de 2001). Ainda em 2001, a Universidade do Estado do Mato Grosso (UNEMAT) criou o primeiro curso de Licenciatura Intercultural. Essa modalidade específica de licenciatura visa a suprir as demandas por professores nas escolas indígenas, principalmente no ensino médio, que apresenta a maior taxa de evasão entre indígenas.

A inserção de novos grupos sociais nas universidades demanda o questionamento radical a própria ideia de universidade no Brasil. Se nas *polis* gregas o debate político era restrito a pequena classe que compartilhava da “igualdade”, os teóricos da ética do discurso, contemporaneamente, tendem a enfatizar a necessidade de inclusão de todos em uma comunicação que parte de uma problematização e alcança um consenso livre e racional por meio da argumentação²⁸. Em suma, a inclusão dessas novas perspectivas no debate universitário não pode tratar de uma inclusão forçada no universo restrito das universidades públicas. Os saberes das comunidades tradicionais devem transpassar a universidade, atingindo o ensino, a pesquisa e a extensão. Afinal a educação não é um bem individual, que visa ao desenvolvimento de competências individuais, mas sim um bem coletivo, objetivando a construção da cidadania.

Tanto indígenas quanto negros enfrentam resistências, seja dos próprios movimentos sociais ou de suas comunidades, quando da reivindicação de acesso à universidade, sobretudo via políticas de discriminação positiva. No caso dos indígenas, muitos questionam se o saber adquirido na universidade se converterá em melhorias nas condições de vida das populações. Isto é, demonstram o temor de que, ao entrarem na universidade, os beneficiários adquiridos acabem se distanciando de suas tradições. Da mesma forma, há setores do movimento negro que são contrários as políticas de ação afirmativa por acreditarem que, o

²⁸ HERRERO, Javier. Ética do Discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo (Org.). *Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 163-192.

negro que acessa a universidade, acaba se desfazendo dos vínculos identitários e políticos de seu grupo social. Tais visões ignoram os benefícios de uma política de ação afirmativa para a autoestima da população incluída e a possibilidade concreta de reparação simbólica das injustiças. Recaem no equívoco de insistirem no processo de transformação social divisionista e apartado das circunstâncias da vida contemporânea global, nos planos jurídico, político, social e econômico.

Deve-se atentar igualmente para as especificidades da discriminação que afeta negros e índios no Brasil. Um dos argumentos usados contra a adoção de políticas de ação afirmativa tem sido o de que, diferentemente dos EUA, no Brasil a discriminação não seria fenotípica. Na esteira do mito da democracia racial, a mestiçagem impossibilitaria a identificação de quem seria o negro brasileiro. A realidade do preconceito racial seria eminentemente cultural, implicando a negação da própria existência do negro, apesar de ser flagrante a sua impossibilidade de frequentar as universidades públicas brasileiras. Quanto aos indígenas, passam mais facilmente despercebidos pelo ambiente social acadêmico:

É preciso ter muito claro que os acadêmicos indígenas são jovens que podem ser fenotipicamente muito parecidos com os habitantes regionais com que convivem. Chegam ao ponto de, como dito antes, serem até mesmo invisíveis enquanto integrantes de coletividades etnicamente diferenciadas para seus professores e para a estrutura universitária em que se inserem. Mas o fato é que diferem dos outros estudantes regionais, pobres, negros, brancos, por seus sistemas de valores e de pensamento, por seus conhecimentos, por sua visão de mundo em última instância, por suas redes de parentesco e relacionamento e, não esqueçamos, por saberem-se portadores de identidades diferenciadas hoje em dia apoiadas em direitos coletivos.²⁹

Enfim, a presença de negros e indígenas nas universidades sinaliza a necessidade de reescrever-se “a maneira de pensar, de

²⁹ LIMA, Antonio Carlos de Souza; HOFFMAN, Maria Barroso. Universidade e povos indígenas no Brasil; desafios quanto ao reconhecimento dos conhecimentos indígenas e para uma educação superior universal e diferenciada de qualidade. In: *Desafios para a Educação Superior para os povos indígenas no Brasil; políticas públicas de ação afirmativa e direitos culturais diferenciados*. Rio de Janeiro: Museu Nacional/CACED/Trilhas de Conhecimentos, 2007, p. 12.

produzir conhecimento, de ser universidade no Brasil”.³⁰ A universidade é desafiada a produzir uma nova epistemologia à luz da influência do pós-colonialismo. Nesse processo, deve-se atentar para os circuitos de poder, tradições, usos e esquemas de solidariedade próprios a cada coletividade, não recaindo, entretanto, na contraposição entre tradição e racionalidade moderna – que acaba por destacar na primeira o aspecto da “primitividade”. A nova universidade deve tratar desses saberes também no processo de ensino, sobretudo a partir de cursos específicos para demandas de determinados setores e interiorização das unidades acadêmicas. Além disso, deve estar empenhada em um processo maior do que a própria instituição: o empenho em políticas de promoção da diversidade cultural.

CONCLUSÃO

O princípio da diversidade cultural, pensado em consonância com o princípio da igualdade, possibilita novas soluções jurídicas para o avanço da efetividade dos direitos humanos. Direitos esses que também são fruto de uma construção axiológica que comportam a luta pela dignidade humana. As ações afirmativas representam, então, a decisão de uma sociedade que radicaliza a democracia em sua expressão pluriétnica. Para isso, é fundamental uma aliança entre negros, brancos e indígenas pela eliminação de todas as formas de discriminação.

Ao se tratar de inclusão deve-se sempre ter o cuidado para ressaltar as complementariedades e especificidades de cada forma de discriminação. Apesar do instrumento constitucional que assegura o acesso de indígenas e negros nas universidades, cada um tem suas demandas específicas. Trata-se, então, de construir uma nova universidade plural que repense sua estrutura a partir da contribuição dos novos atores que adentram seus espaços. Caso contrário, incorrer-se-á no risco da adoção de políticas públicas que perpetuam a exclusão. Ademais, é fundamental que a universidade seja um espaço de reivindicações políticas, indo além da reprodução do saber tecnológico.

³⁰ SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. Negros na universidade e produção do conhecimento. In: Silva, Petronilha Beatriz Gonçalves; e SILVÉRIO, Valter Roberto (Org.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: INEP, 2003, p. 49.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARBIERI, Samia Roges Jordy. *Os direitos constitucionais dos índios e o direito a diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana*. Coimbra: Almedina, 2008.
- COSTA, Sergio. A construção sociológica da raça no Brasil. In: *Estudos Afro-Asiáticos*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 01, 2002, p. 35-62.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Relatório do Comitê Nacional para preparação da participação brasileira na III Conferência Mundial das Nações Unidas Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Durban, 31 de agosto a 7 de setembro de 2001.
- CARVALHO, José Jorge. Bases para uma Aliança Branco-Negro-Indígena na Luta contra a Discriminação Étnica e Racial no Brasil. In: *Cadernos Ceris*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 13-34, 2004.
- DALLARI, Dalmo. "Reconhecimento e Proteção dos Direitos dos Índios". Revista de *Informação Legislativa*, v.28, n.111. Brasília: 1991. p.318.
- FERRES JÚNIOR, João. Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: Estados Unidos e Brasil. In: *Revista de Estudos Afro-Asiáticos*, Rio de Janeiro, v. 29, 2007, p. 63-84.
- GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales: su imprescindibilidad y sus garantías*. [Ciudad de México]: Miguel Ángel Porrúa, 2011.
- GUGLIANO, Alfredo Alejandro . El Presupuesto Participativo y la transformación de la Teoría Democrática. *Demos Participativa*, v. 3, 2011, p. 41-43.
- GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio da constitucional da igualdade: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HERRERO, Javier. Ética do Discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo (Org.). *Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 163-192.
- LIMA, Antonio Carlos de Souza; HOFFMAN, Maria Barroso. Universidade e Povos Indígenas no Brasil. Desafios quanto ao reconhecimento dos conhecimentos indígenas e para uma educação superior universal e diferenciada de qualidade. In: *Desafios para a Educação Superior para os povos indígenas no Brasil. Políticas públicas de ação afirmativa e direitos culturais diferenciados*. Rio de Janeiro: Museu Nacional-LACED/Trilhas de conhecimentos, 2007.
- LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. "O Reconhecimento e as Garantias Constitucionais dos Direitos Fundamentais". In: *Cadernos de Direito Constitucionais e Ciência Política*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 150.
- _____. Constituição e Cultura: o direito à diversidade cultural. In: STOLZ, Sheila (Org.). *Encontro Anual de Grupos de Pesquisa em Direito da Região Sul do Estado do RS*. Rio Grande: FURG, 2007, v. 1, p. 9-18.
- _____; BECKHAUSEN, Marcelo. Constitution et Culture: le droit des indiens. In : POUSSON-PETIT, Jacqueline (sous la direction de), *L'indentité de la personne humaine ; étude de droit français et de droit comparé*. Bruxelles : Bruylant, 2007.

- LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante; TODESCHINI, Remígio; VASQUES, Ione Menezes; SORATTO, Lúcia. Políticas Públicas de Cotas: a efetividade dos Direitos Sociais em uma Comunidade de Princípios. In: TODESCHINI, Remígio; VASQUES, Ione Menezes; SORATTO, Lúcia (Org.). *O mundo do trabalho*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2010, v. 1, p. 1-224.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MUNIZ, Kassandra da Silva. A contribuição dos estudos da linguagem para o debate sobre as ações afirmativas para negros no Brasil. In: OLIVEIRA, Iolanda; AGUAR, Marica; SILVA, Beatriz; OLIVEIRA, Rachel (org.). *NEGRO e educação 4: linguagens, educação, resistências, políticas públicas*. São Paulo: Educativa; ANPED; INEP, 2007.
- OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2011.
- PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado. O sentido histórico da noção de cidadania no Brasil: onde ficam os índios? In: *O Índio e a cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. A Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da igualdade Jurídica. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 33, n. 131, 1996, p. 283-295.
- ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'État providence*. Paris: Seul, 1992, p. 124.
- SILVA, Petronília Beatriz Gonçalves. Negros na universidade e produção do conhecimento. In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; SILVÉRIO, Valter Roberto (org.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília : Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SEGATO, Rita Laura . Uma agenda de ações afirmativas para as mulheres indígenas do Brasil. *Série Antropologia*, Brasília, v. 326, p. 1-79, 2003.
- SEN, Amartya. Direitos humanos e diferenças culturais. In: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.421-429.
- SOUSA, Rosinaldo Silva. Direitos Humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In: NOVAES, Regina Reyes e LIMA, Roberto Kant de (orgs.) *Antropologia e Direitos Humanos*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2001 pp. 47-WEBER, Cátia. Escolarização, ensino superior e identidade étnica: a experiência das Professoras Xokleng/Laklânô. *Visão Global*, v. 13, p. 253-279, 2010.

