

Direito de igualdade racial e as ações afirmativas no Brasil e Estados Unidos: diferentes impactos

The right to racial equality and affirmative action in Brazil and in the USA: different impacts

Derechos a la igualdad racial y las acciones afirmativas en Brasil y en los Estados Unidos: diferentes impactos

MAURIDES MACÊDO
MIRIAN PAN
REBECA ADORNO

Resumo: Este artigo analisa diferenças entre os sistemas jurídicos brasileiro e americano e discute seus impactos nos movimentos raciais. A análise metodológica fundamenta-se nos estudos foucaultianos. A discriminação norte-americana era adjudicada pelo *equal but separate*. No Brasil, a luta foi no campo do Direito Penal, voltada para a criminalização do racismo. No século XXI, as lutas do Movimento Negro brasileiro se deslocaram do campo penal para o civil. Assim, as lutas pela igualdade racial no Brasil e nos Estados Unidos se aproximaram, agora com uma natureza jurídica de cunho compensatório.

Palavra chave: movimento negro brasileiro; tratamento jurídico; direito penal.

Abstract: This article analyses differences between the Brazilian and the American legal systems and examines their impacts on the racial movements. The methodology used for analysis was based on Foucaultian studies. Discrimination in North America was adjudicated by the *equal but separate*. In Brazil, the struggle took place in the field of penal law, tending toward criminalizing racism. The struggles of the Brazilian Black Movement shifted from the penal to the civil domain in the 21st century. In this sense, the struggles for the right to racial equality in Brazil and in the United States have grown closer, now with a legal nature with compensatory characteristics.

Keywords: black movement in Brazil; juridical adjudication; criminal law.

Resumen: Este artículo analiza las diferencias entre los sistemas jurídicos brasileño y americano y discute sus impactos en las conquistas de los movimientos raciales en los dos países. El análisis metodológico se fundamenta en los estudios foucaultianos. La discriminación norteamericana era de naturaleza jurídica basada en la doctrina del *equal but separate*. En Brasil la lucha ocurrió en el campo del Derecho Penal, hacia la criminalización del racismo. En el siglo XXI, las luchas del Movimiento Negro brasileño se trasladaron del campo penal para el civil. De esta manera, las luchas por el derecho a la igualdad racial en Brasil y en los Estados Unidos se han aproximado, ambas presentando ahora leyes cuya naturaleza jurídica es de cuño compensatorio, reparador y distributivo.

Palabras clave: movimiento de derechos civiles de los negros; judicialización; derecho penal.

INTRODUÇÃO

Embora haja pontos de convergência na luta histórica pelos direitos civis dos afrodescendentes nos Estados Unidos e no Brasil, há que se considerar diferenças radicais dentre as quais duas se destacam: as distintas tradições jurídicas e as diferenças no Movimento Negro. Este artigo discute a diferença entre os sistemas jurídicos brasileiro e americano, seus impactos na constituição dos movimentos raciais dos dois países, bem como as conquistas destes movimentos no campo da educação, como é o caso das ações afirmativas implantadas nas universidades americanas e brasileiras.

Trata-se de um estudo documental, cuja leitura proposta é uma análise baseada na premissa de Michel Foucault, na qual o ponto nodal é “não se fazer com relação ao acontecimento o que se fez com relação à estrutura” (2002, p 31), ou seja, a leitura da construção dos direitos dos afrodescendentes de uma perspectiva meramente da historiografia jurídica. Optamos pela necessária existência de toda uma gradação de tipos de acontecimentos históricos e suas diferenças, tanto em suas reverberações como em alcance, amplitude temporal e capacidade de produzir efeitos.

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro. (FOUCAULT, 2002, p. 33)

Deste modo, apresentamos os sentidos da história da construção dos mecanismos garantidores dos direitos dos afrodescendentes no Brasil e nos Estados Unidos, elegendo como referencial as lutas, estratégias e táticas selecionadas num e noutro Estado a partir das relações de poder previamente postas.

LUTAS E TENSÕES NA BUSCA DOS DIREITOS CIVIS AMERICANOS

Garantias fundamentais e direitos humanos nos remetem atualmente à corte suprema americana (*US Supreme Court*), efetivo tribunal constitucional que se destaca por decisões favoráveis à proteção das liberdades públicas. Indubitavelmente, os Estados Unidos destacam-se pela maior tutela dos direitos de primeira geração, assim denominados por Bobbio (1992), aqueles oriundos

da Carta Cidadã Francesa, fruto da “Revolução Burguesa.” Nesta, os ideais de igualdade e liberdade são máximos, juntamente com a fraternidade, menos elaborada, garantindo aos cidadãos uma proteção em face aos longos e fortes braços estatais, bem como exercício de seus direitos civis que obedeceriam, dentre outros princípios, sobretudo ao da generalidade. Esta, no que tange à discriminação do negro nos EUA, foi institucionalizada e praticada através de leis e da jurisprudência da *US Supreme Court*. Quanto à verificação jurídica das políticas públicas de segregação racial, o marco importante foi o caso *Dred Scott v. Standford* – 60 U.S. 393 (1857). Este caso, para muitos constitucionalistas americanos, foi um dos vetores para o início da guerra civil. Os casos *Pace v. Alabama* – 106 U.S. 313 (1879), *United States v. Cruikshank* – 92 U.S. 542 (1875), *United States v. Harris* – 106 U.S. 629 (1883), *Civil Rights Cases* – 109 U.S. 3 (1883), *Plessy v. Ferguson* – 163 U.S. 537 (1896), *Cumming v. Richmond Country Board of Education* – 175 U.S. 528 (1899) e *Berea College v. Kentucke* – 211 U.S. 45 (1908) mostram como a *US Supreme Court* apoiou a segregação entre negros e brancos em diferentes níveis, adotando uma posição conservadora e um “entendimento restrito, no sentido de a 13ª emenda ter apenas abolido a escravidão, mas não equiparado os negros aos brancos, e que a emenda 14ª os protegia apenas da discriminação estatal” (KAUFMANN, 2007, p. 72).

A grande mudança no posicionamento da *US Supreme Court* ocorreu com o *Justice Earl Warren* na presidência da corte quando, em 1954, julgou-se o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* – 347 U.S. 483. Este julgamento marcou uma nova fase na jurisprudência americana sobre as relações raciais. Neste caso, o pai da estudante negra Linda Brown ajuizou uma demanda, pois sua filha teve a matrícula negada numa escola pública de brancos. A Suprema Corte considerou que esta atitude da escola feria a Emenda XIV. Tal decisão representou o começo do fim da segregação racial nos Estados Unidos da América, quando o racismo nas escolas públicas dos EUA foi declarado inconstitucional. Todavia, isto não implicou o reconhecimento de igualdade entre o sujeito afrodescendente e o branco, e sim a impossibilidade da negação do exercício de um direito cívico (ou seja, impossibilidade de supressão do ingresso na escola pública com os requisitos legais vigentes preenchidos – generalidade). Em relação à educação, a doutrina *equal, but separed* (igual, mas separada) não deveria mais ser adotada, justamente porque feriu um direito cívico. A partir daí, outros julgamentos foram ampliando os direitos civis dos afrodescendentes nos EUA. Contudo, isto não resolveu o problema racial no país; ao contrário, houve uma acirrada discriminação e o resultado foi a criação do Movimento dos Direitos Civis dos Negros (MEDEIROS, 2005).

Voltando os olhos ao passado mais distante, constata-se que a resistência

negra nos EUA começou ainda no século XIX quando, em 1890, criou-se a Liga Afro-Americana. Posteriormente, William Du Bois fundou, em 1909, a *Association for the Advancement of Colored People* – NAACP (BURNS, 1964). Em 1914, fundou-se a *Universal Negro Improvement Association* – U.N.I.A, cujo líder foi Marcus Mosiah Garvey. Esta associação defendia a criação de um Estado na África para os negros da América. Em 1930, a *Black Muslims* foi instituída pelos negros islâmicos sob a liderança de Elijah Poole, que se radicalizou ao defender o ódio pelo branco. O líder mais conhecido da *Black Muslims* foi Malcolm Little, conhecido como Malcolm X, que liderou o movimento até 1965. Surgiram também outras organizações, como os *Black Panthers* com influência marxista, fundada em 1966, sob a liderança de Huey Newton e Bobby Seale. Outra organização que surgiu foi o *Congress of Racial Equality* – CORE, em 1942, liderado por James Farmer. Porém, o auge do Movimento Negro nos EUA ocorreu sob a liderança de *Martin Luther King* (1963), pastor do Alabama, que liderou várias manifestações pacíficas em favor da causa negra.

O Movimento dos Direitos Civis para Negros Norte-Americanos vicejou nesse país, entre 1955 a 1968, a ponto de ganhar proteção legal quando, em 1964, aprovou-se a Lei de Direitos Civis. Este movimento consistiu na luta dos negros pelo fim da discriminação e segregação racial, igualdade e dignidade racial, igualdade econômica e autonomia política.

Não se pode fazer tábula rasa do momento sociocultural mundial da década de 1960, sobretudo na América do Norte, onde uma desconstrução de valores antes vicejantes tomava corpo juntamente com a construção de novos paradigmas. Podemos notar que a música negra ganhou voz e aceitação da classe dominante (maioria branca) após a década de 1950, denominada por alguns de “gargantas brancas”. Houve ainda o Movimento Hippie, que levantou a bandeira da paz e do amor coletivo e indiscriminado (SHECIRA, 2004). Então, em meio a esse caldo cultural, nasceu uma corrente criminológica crítica importantíssima quando o tema é discriminação racial: a Teoria da Rotulação ou *Labelling Approach*, que questionava a criminalização do sujeito, ou melhor, os estigmas e estereótipos que identificam e classificam o potencial de periculosidade do indivíduo. E em se tratando do afrodescendente, o etiquetamento era tão fortemente forjado no imaginário coletivo que até teóricos de escolas criminológicas anteriores buscaram alguma sustentabilidade científica para este (TAYLOR, 1988). Portanto, bastava a justificativa da negritude da tez para que o sujeito fosse mais propenso ao crime. No entanto, a teoria do etiquetamento não se resumia apenas à questão étnica, mas sim àqueles inclusos nos grupos marginais na sociedade formal com poder de consumo. Afirmava-se que a diferença e, portanto, a maior ou menor probabilidade de delinquência entre indivíduos não era ontológica, mas se

estabelecia uma construção social oriunda de sua inclusão em grupos marginais. Estes eram entendidos como aqueles sem acesso aos direitos e às garantias comuns à sociedade formal, “subrepresentado nas instâncias sociais”, consequentemente nas esferas de poder, e apregoando-se a necessidade de pluralizar e respeitar o “diferente”, sem estigmatizá-lo.

Porém, a criação de mecanismos garantidores da igualdade de oportunidades entre negros e brancos nos Estados Unidos só aconteceu no início da década de 1960 quando, em 1961, através da Ordem Executiva n. 10.925, o Presidente John Kennedy defendeu a promoção da igualdade entre brancos e negros e o combate à discriminação dos negros como meio de a sociedade norte-americana caminhar rumo à justiça. O Presidente Lyndon B. Johnson, em 1965, através da Ordem Executiva 11.246, criou e orientou as primeiras políticas de Ações Afirmativas (AA), “e as legislações subsequentes, tanto para aplicação junto aos órgãos públicos quanto para todas as organizações privadas que negociavam contratos com o governo” (SILVÉRIO, 2005, p.145).

No governo de Richard Nixon iniciaram-se, de fato, as Ações Afirmativas (AA), logicamente, com uma função de *divergion* em relação à guerra do Vietnã, muito mais do que uma *mea culpa* do histórico tratamento desigual. As AA, criadas nos Estados Unidos, representavam a criação de mecanismos transitórios para a obtenção da igualdade material (igualdade de condições – mais uma vez direitos cívicos) e passaram a ser empregadas em vários países, inclusive no Brasil, tendo como paradigma o modelo estadunidense. Nos Estados Unidos, as ações afirmativas, quando se iniciaram, causaram impacto na sociedade americana, que vivia na segregação racial entre brancos e negros.

OS SISTEMAS JURÍDICOS DISTINTOS E SEUS IMPACTOS

Como buscaremos demonstrar, a discriminação norte-americana era claramente juridicizada, e os embates se travavam no campo do Direito Civil. Visando a contemplação do acesso aos mesmos mecanismos de garantias no Brasil, a luta se dá na esfera penal pois, desde a abolição da escravidão (quando o afrodescendente juridicamente, era definido como “coisa”, pertencente a um proprietário, logo não sujeito de direito), torna-se legalmente igual ao ser erigido à condição jurídica de pessoa natural, ainda que não se observasse a efetividade do exercício igualitário de direitos.

As diferenças nos sistemas jurídicos dos dois países são oriundas de problemas de interpretação das normas jurídicas de ambos, que inviabilizam a comparação pura e simples das normas jurídicas e sua aplicação: elas têm um caráter completamente diferente e sua aplicação é oposta. Enquanto a história da

legislação brasileira referente a esses direitos iniciou-se na esfera punitiva (direito penal público), voltada para a criminalização do racismo, a americana é protetiva no campo dos direitos civis (reparatória).

No Brasil, o direito tem origem na família romano-germânica. A principal característica desse direito é que a lei é a sua principal fonte. Portanto, a regra de direito é que a lei escrita é genérica para aplicação ao caso concreto pelos tribunais. A generalização permitiu o fenômeno da codificação do direito, do qual as regras genéricas são compiladas em códigos de leis e, posteriormente, aplicadas pelos juristas e tribunais. A jurisprudência, o costume e a doutrina também são fontes do direito, mas a principal fonte é a lei, que é imperativa (GUTIÉRREZ, 2003).

Já o Direito nos Estados Unidos foi originário de outra família jurídica: a *Common Law* (exceto pelo estado da Luisiana). A base desta família jurídica é jurisprudencial (*case law*), cujo fundamento é a regra do *stare decisis*, na qual as decisões judiciais anteriores (os precedentes) devem ser respeitados quando da apreciação de um caso concreto. Nesta família jurídica, a jurisprudência torna-se regra geral aplicável a casos semelhantes no futuro. O papel desempenhado pela lei escrita nos EUA é menor do que na família romano-germânica. Em geral, a lei (*statute*) só é acatada em juízo depois de examinada nos tribunais; a rigor, não é a lei que é aplicada pelo juiz, mas os precedentes gerados a partir do exame da lei nos tribunais. Nesta família jurídica, portanto, o caminho é oposto ao da família do direito romano-germânico, pois vamos do particular para o geral e, na outra, do geral para o particular (DAVID, 1986).

BRASIL COLÔNIA, IMPÉRIO E PRIMEIRA REPÚBLICA: ANTECEDENTES

Falar em direitos civis no Brasil é pensar nas limitações deixadas pela herança do colonialismo e da escravidão, que excluía da condição humana a maior parte da população: os afrodescendentes. É pensar que, desde o início, o Direito reflete as contradições histórico-sociais presentes no Brasil. Nunca houve no Brasil um código específico para normatizar a escravidão. O que normatizou esta questão até a independência política do Brasil foi as leis portuguesas, especialmente as ordenações Filipinas que vigoraram desde 1603, e também os códigos de posturas municipais.

No Brasil, a independência de Portugal foi proclamada e instaurado um regime monárquico (1822 até 1889). Em 1824, promulgou-se uma Constituição Imperial, que foi completamente omissa em relação à questão racial. Este foi um problema de fácil compreensão, haja vista que o regime monárquico se sustentou porque mantinha a escravidão. Com o advento da monarquia, entrou em vigor

o Código Criminal de 1830, que legalizou a prática da tortura e dos tratamentos cruéis contra os afrodescendentes. Tal código abarcou as mais importantes reivindicações iluministas presentes na mais célebre obra do século XVIII, *Dos Delitos e Das Penas do Marquês*, de Beccaria (2011), elencando os princípios da legalidade, da publicidade, da presunção de inocência, da vedação de pena de morte, de penas cruéis, de tortura etc. Contudo, tais direitos e garantias, obviamente, aplicavam-se tão somente às pessoas, condição não pertencente aos escravos.

Enquanto várias nações do mundo, sob a égide do liberalismo, proclamavam suas repúblicas, libertavam seus escravos e elaboravam seus códigos civis, o Brasil vivia de costas ao liberalismo, continuando num regime monárquico e escravista até final do séc. XIX. As leis abolicionistas traduzem muito bem essa contradição, pois vieram a conta gotas: Lei Eusébio de Queiroz (1850), Lei do Ventre Livre (1871), Lei dos Sexagenários (1885) e Lei Áurea (1888). A legislação oitocentista no Brasil foi uma legislação envergonhada que, na verdade, funcionou como ferramenta que constituiu, formalizou e legalizou um país racista.

Durante o séc. XIX, houve várias tentativas de se elaborar um código civil no Brasil. O primeiro projeto, de 1860, foi de Teixeira de Freitas e, em seguida, elaborou-se o do senador Nabuco de Araújo, em 1872. Outro foi o de Felício dos Santos, em 1881, um quarto, em 1890, de Coelho Rodrigues e, finalmente, o Projeto de Clóvis Beviláqua, em 1899 (BEVILAQUA, 1956).

Os três primeiros se depararam com um grande problema que ajuda a entender a demora na elaboração de um Código Civil no Brasil: era necessário, antes de mais nada, definir o que era Pessoa (sujeito de direito) e o que era bem (coisa), daí tratar pessoa como sujeito de direito. O escravo, até 1888, no Brasil, era considerado “bem semovente” (coisa) e não sujeito de direito. A contradição máxima deste projeto está no fato de a escravidão sequer ser mencionada na legislação. Como destaca Moura (2004), Teixeira de Freitas “não incluiu a escravidão como instituição, afirmando que isso deveria ser tratado separadamente, pois considerava a escravidão uma instituição transitória” (p.59).

Em 1857, foi publicada a Consolidação das Leis Cíveis e, na sua introdução, ficou esclarecido que em nenhum lugar do texto a escravidão fora mencionada, pois macularia nossa lei e tratar-se-ia de uma exceção que em breve seria extinta do Brasil. Desta forma, a escravidão seria objeto de uma legislação à parte, que seria o Código Negro (nunca elaborado). A escravidão, portanto, era vista como um mal que não se afinava com as mudanças do século XIX, invisibilizada nos projetos de Código Civil, apesar de a escravidão existir até 1888 (MOURA, 2004). Nota-se, então, uma verdadeira “eliminação simbólica” do afrodescendente no silêncio proposital que, em tese, significaria sua igualdade com o branco –

quando ele passasse do *status* de coisa (bem semovente) à pessoa. Impera ressaltar que tal negação não se dá na esfera jurídica, e sim no imaginário e no plano das representações de poder.

Finalmente, na Primeira República (1889-1930), após a abolição da escravidão e 57 anos de debate, entrou em vigor, no ano de 1917, o Código Civil. Neste código, o afrodescendente não se diferenciava do branco e, portanto, lhe era garantido o exercício dos mesmos direitos cívicos do branco. Foi promulgada também a primeira Constituição Republicana do Brasil em 1891 que, não obstante, não trouxe nenhum artigo que tratasse da igualdade racial, muito embora no Brasil nesse momento ocorresse a chegada de imigrantes.

Como pode se observar, essa é uma grande diferença dos EUA. Enquanto nos EUA houve distinção clara do fim da escravidão e da segregação (*equal but separed*), no Brasil, normativamente, com a abolição da escravidão, até pela lacuna vicejante, o negro passou a ser sujeito dos mesmos direitos que os brancos. Porém, diferentemente dos Estados Unidos, a não aceitação da igualdade do afrodescendente no Brasil – onde há o direito de igualdade – era cerceada, dentre outras coisas, pela impossibilidade do acesso do afrodescendente à prestação jurisdicional em função da realidade social de miserabilidade em que estava imerso, deixando visível uma separação invisibilizada pelo arcabouço normativo. Na realidade, apesar de legalmente ter iguais direitos, nas práticas cotidianas o afrodescendente era tratado como um subjeito, não sendo respeitados os seus direitos de igualdade normativamente construídos. Uma peculiaridade da luta do movimento negro no Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, onde o campo de batalha foi situado dentro dos direitos civis, é que o embate deu-se sobretudo na esfera do direito penal, cujo caminho mais árduo era o da luta pelo direito de igualdade racial no Brasil, pois os efeitos dos discursos são diferentes nos dois países. Nos Estados Unidos, é explícita a segregação; no Brasil, é encoberta com o discurso da democracia racial, a qual levou anos para ser desvelada.

No Brasil, em 1951, houve o primeiro marco legal importante na luta contra a discriminação racial: a Lei n. 1.390, conhecida como Lei Afonso Arinos, que regulamentou especificamente a questão racial no Brasil (SILVA JR., 2002).

A Lei incluiu, entre as contravenções penais, a prática de atos resultantes de preconceito de raça e cor. Prescrevia o Art. 1º da referida Lei: “Constitui contravenção penal, punida nos termos desta lei, a recusa por parte de estabelecimento comercial ou de ensino de qualquer natureza de hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno por preconceito de raça ou de cor”.

Na prática, não há notícias sobre a efetividade dessa lei ao longo dos anos no Brasil, pois, com pena muito branda, não impactou a sociedade brasileira.

Essa igualdade só foi efetivada com a proteção do direito penal constitucional (1988), que põe a lume o grau de desvalor das ações discriminatórias em função da etnia. A gravidade das condutas discriminatórias é reconhecida de forma incontestada quando, no artigo 5º, inciso XLII da Constituição de 1988, ao prescrever, segundo Artigo XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Destaca-se que tal inciso vai contra a construção garantista penal, na qual, pela primeira vez, se constatou o recrudescimento no tratamento do Direito Penal em relação ao crime. Na Constituição de 1988, estão previstos, pela primeira vez, os crimes hediondos, aqueles que causam maior repulsa à sociedade. Daí a necessidade de a Constituição consignar um tratamento diferenciado aos autores das condutas ali tipificadas, como por exemplo, que há impossibilidade de fiança. O crime de racismo, apesar de ser tratado em outro inciso e não haver sido considerado hediondo, traz também a impossibilidade de fiança e vai além, trazendo a imprescritibilidade, ausente do arcabouço normativo penal onde, para toda conduta delitiva, há uma previsão do fim do exercício do *Jus Persequendi*, ou seja, a prescrição. Sobre aquele que pratica o crime de racismo pesará para sempre a espada de Damocles.

Todavia, até que houvesse essa conquista, o Movimento Negro no Brasil trilhou um longo caminho, onde inicialmente a luta era pela criminalização das condutas racistas. Posteriormente, já no século XXI, a luta se travou em outro campo jurídico: dentro da esfera civil em busca da reparação pelos séculos de inclusão em grupos marginais.

A Constituição de 1988, aliada ao fortalecimento do Movimento Negro no Brasil, em que pese trazer o crime do racismo com a força anteriormente descrita, tratava-se de norma meramente programática, sendo necessária a elaboração de uma lei específica que, primeiramente, tipificasse o que viria a ser racismo, dando consequente tratamento punitivo. Enfim, a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, conhecida como Lei Cao, foi alterada pela Lei n. 8.081, de 21 de setembro de 1990, criminalizando a discriminação na mídia. A Lei Cao também foi modificada em 13 de maio de 1997 pela Lei nº 9.459/97, que acrescentou ao Artigo 140 do Código Penal o parágrafo 3º, que prescreve como crime de injúria qualificada o caso de utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, a fim de desqualificar o sujeito e a pena de 3 anos de reclusão e multa. Também vai tratar da discriminação a Lei n. 9.455/97 (Lei de Tortura) no artigo 1º, inciso I, letra c: “Constitui crime de tortura: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: c) em razão de discriminação racial ou religiosa”.

Como fica claro, o racismo é tratado inicialmente na esfera do direito

público (direito penal), e não do direito civil, como nos EUA. Isto mudou posteriormente. O ano de 1995 foi outro marco importante no Movimento Negro, pois o I Encontro Nacional de Comunidades Negras Rurais Quilombolas fundou uma Comissão Nacional de Articulação das Comunidades Rurais em 1996.

No ano de 2001, realizou-se, em Durban, na África do Sul, a III Conferência Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, organizada pela ONU. O resultado mais visível da participação brasileira nesta conferência foram as propostas de implementação das políticas de Ações Afirmativas no Brasil. O projeto de lei 3.627/2004 sugeriu a política de cotas para as universidades públicas em todo o país. Esta Lei foi criada, mas não foi aprovada; porém, através da autonomia que possuem, várias universidades brasileiras iniciaram políticas de Ações Afirmativas.

Em 2010, foi aprovado no Brasil o Estatuto da Igualdade Racial. E, finalmente, ratificando o pensamento defendido no presente artigo, em 26 de abril de 2012, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 186 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que versava sobre a política inclusiva dos afrodescendentes por meio da legitimação de cotas para tais, afirmou que a política-ação afirmativa que introduz a reserva de cotas para os afrodescendentes, antes de ser discriminatória, como era a arguição, era a verdadeira implementação de um tratamento isonômico, uma forma de inclusão. Marco Aurélio de Melo iniciou afirmando que a Constituição de 1891 apenas trouxe uma “igualdade formal”, e todas as constituições posteriores, ao instituírem a igualdade de todos os cidadãos, só serviram para que ele as nominasse “leis do silêncio”, já que, com tal dispositivo, não podia se falar em discriminação. Este silêncio, segundo o Ministro da Suprema Corte, só foi rompido pela primeira lei penal sobre discriminação racial em 1951, fruto do trabalho de Gilberto Freire e Afonso Arinos. O texto segue afirmando que a única forma de construção de uma real igualdade é pela implementação de políticas afirmativas de inclusão do afrodescendente.

A partir daí, nota-se uma semelhança no curso da luta pelo direito de igualdade racial no Brasil e nos Estados Unidos, onde ambos os países têm agora uma natureza jurídica de cunho compensatório, reparador e distributivo, resultado do desmascaramento do discurso de igualdade racial presente durante anos no Brasil.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou abordar os processos históricos que constituíram a diferença entre os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano na construção dos direitos de igualdade racial, como efeito dos discursos segregacionistas presentes em diferentes formas estratégicas nos dois países. Abordou, também, as diferentes formas de recusa dos movimentos raciais em ambos os países, produzindo conquistas inalienáveis no campo dos direitos humanos.

Assim, concluímos que a história da construção dos mecanismos garantidores dos direitos dos afrodescendentes no Brasil e nos Estados Unidos só faz algum sentido quando penetra na internalização do poder, no alcance do discurso “verdadeiro” – do poder – elaborado em um e outro país. Os efeitos dos discursos desdobraram-se nos Estados Unidos em práticas e leis de segregação *equal, but separed*. Já no Brasil, produziram como efeito a invisibilização da prática de segregação – os espaços eram separados não por lei, mas porque o negro não possuía condições materiais e financeiras de estar nos mesmos espaços que o branco. A partir daí, entende-se as lutas, estratégias e táticas elegidas num e noutro Estado fundadas nas relações de poder previamente postas.

REFERÊNCIAS

Arguição de descumprimento de preceito fundamental (Med. Liminar) 186- 2. *ADI, ADC, ADO e ADPF* :: STF - Supremo Tribunal Federal, disponível em www.stf.jus. Capturado em 15 de maio de 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3ª ed. São Paulo. Editora Martin Claret 2011.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

BRASIL. Lei nº 7.716 - de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Brasília, DF: Senado, 1988. *Diário Oficial da União*. De 6/1/1989.

BRASIL. Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990. Estabelece os crimes e as penas aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza.

Publicado no *Diário Oficial da União* em 24/9/1990.

BRASIL. *Lei nº 9.459*, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e Altera acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 2002.

GUTIÉRREZ, Consuelo Sirvent. *Sistemas jurídicos contemporâneos*. México: Porrúa, 2003.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MEDEIROS, Carlos Alberto. Ação afirmativa no Brasil: um debate em curso. In: SALES, Augusto dos Santos. *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, 2005, p. 121-140.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais – Garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOURA, Clovis. *Dicionário da escravidão negra no Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2004.

SHECIRA, Sergio Salomão. Criminologia. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2004.

SILVA JR., Hélio. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 2002.

SILVÉRIO, Valter Roberto. Ações afirmativas e diversidade etnico-racial. In: SALES, Augusto dos Santos. *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

TAYLOR, Yan. *Criminologia crítica*. Rio de Janeiro: Graal. 1988.

❶ **MAURIDES MACÊDO** é advogada, doutora em História pela PUC-SP, professora associada da Universidade Federal de Goiás e professora titular da Universidade Católica de Goiás.

E-mail: Maurides@pucgoias.edu.br

❷ **MIRIAN PAN** é doutora e mestra em Letras pela Universidade Federal do Paraná e professora desta mesma universidade, sendo vinculada ao departamento de psicologia.

❸ **REBECA ADORNO** é mestra em Ciências Penais pela Universidade Federal de Goiás e professora desta mesma universidade onde coordena o curso de Direito.

Recebido em fevereiro de 2012

Aprovado em maio de 2012