

A EMERGÊNCIA DO PARADIGMA MULTICULTURAL SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A PARADIGM OF EMERGENCY MULTICULTURAL FROM THE PERSPECTIVE OF THE FEDERAL SUPREME COURT

José Alcebiades de Oliveira Júnior¹
Felipe Franz Wienke²

Resumo: A complexização das relações sociais colocou em discussão a racionalidade jurídica da modernidade, pautada, dentre outros aspectos, pela distinção entre direito público e direito privado. As alterações políticas na atuação do Estado acarretaram uma indefinição acerca das fronteiras entre as áreas do poder público e da sociedade civil. A emergência da problemática do multiculturalismo se coloca neste contexto, inserindo no debate político a temática do reconhecimento cultural. A adoção, no cenário brasileiro, de políticas públicas de reconhecimento levou esta discussão para o âmbito do Poder Judiciário, onde foi possível constatar, a partir da análise de decisões do Supremo Tribunal Federal, a consolidação de um paradigma multicultural.

Palavras-chaves: Decisão judicial. Políticas públicas. Multiculturalismo.

Abstract: The modification of social relationships brought up for discussion the legal rationality of modernity, based, among other things, on the distinction between public law and private law. Political changes in the performance of the State caused a vagueness in the definition of the boundaries between government and civil society. The emergence of multiculturalism is placed in this context inserting in the political debate the theme of cultural recognition. The adoption of politics of recognition brought this discussion into the the Judiciary, where it could be seen, from the analysis of decisions of the Supreme Court, the consolidation of a multicultural paradigm.

Keywords: Judicial decision. Public politics. Multiculturalism.

Considerações iniciais

A percepção de que a sociedade contemporânea é marcada por forte heterogeneidade vem sendo recepcionada com mais naturalidade no âmbito do direito. Contudo, pensar a problemática do multiculturalismo ainda se mostra uma tarefa desafiadora para a ciência jurídica, ainda pautada pelos princípios basilares do liberalismo clássico.

O processo de consolidação das identidades nacionais, desenvolvido com propósito legitimador dos Estados nacionais, acarretou a ocultação dos grupos que não se adequaram a proposta hegemônica. Tal circunstância gerou um histórico de lutas por reconhecimento cultural, as quais acarretaram, paulatinamente, a inclusão destas demandas na agenda política.

Pensar a problemática do multiculturalismo exige uma nova visão sobre os princípios que nortearam tradicionalmente o liberalismo. A nova interrelação que se observa entre o Estado e a sociedade civil influencia drasticamente a fronteira rígida desenvolvida entre o direito público e o direito privado.

A atuação do Estado como agente promotor da igualdade cultural, através da elaboração de políticas de ordem afirmativa, gerou uma evidente tensão de valores, o que se traduziu na discussão judicial acerca da constitucionalidade destas políticas, sobretudo em decorrência da possível ofensa a princípios constitucionalmente estabelecidos. Esta tensão decorrente da emergência do paradigma multicultural gera a necessidade de se pensar a

¹ Doutor em Filosofia do Direito e da Política pela UFSC. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. Email: alcebiadesjunior@terra.com.br

² Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pelotas. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Email: felipefw@gmail.com

temática de decisão judicial, buscando-se averiguar a forma como os direitos fundamentais são tratados e harmonizados pelo Poder Judiciário.

O presente trabalho objetiva investigar se o Supremo Tribunal Federal, no exame de constitucionalidade de políticas afirmativas, tem acolhido a perspectiva social do multiculturalismo. Para tanto, propõe-se dois estudos de caso: o primeiro sobre o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e o segundo envolvendo a discussão da política de cotas adotada por universidades públicas no Brasil.

Cabe salientar que ambas as questões constituem fruto de demandas históricas de parte da sociedade civil. Contudo, tais políticas também geraram forte quadro de resistência, num conflito de discursos incluindo, de um lado, a defesa de princípios basilares, como a igualdade e a propriedade privada e, de outro, o direito ao reconhecimento cultural.

Para abordar a temática aqui exposta, propõe-se um trabalho organizado em dois momentos. Inicialmente, busca-se demonstrar que a construção de uma cultura nacional ofuscou outros grupos parciais, o que também foi perceptível no contexto brasileiro. Busca-se, outrossim, analisar a paulatina desfragmentação da fronteira entre o público e o privado, observada com traços peculiares no Brasil (1.1). Ainda no capítulo inicial, é apresentada a discussão sobre a temática do reconhecimento, sobretudo a partir das obras de Charles Taylor e Nancy Fraser (1.2).

Num segundo momento, partindo-se da obra do jurista argentino Ricardo Lorenzetti, busca-se avançar sobre a problemática da decisão judicial. Evidenciando-se a preocupação com o estabelecimento de critérios mínimos que limitem o subjetivismo do juiz, é utilizado o seu conceito de paradigmas, salientando-se a coexistência de diferentes valores na sociedade (2.1). Por fim, são apresentados os estudos de caso propostos (2.2 e 2.3).

1 Para pensar os conflitos multiculturais além da racionalidade moderna

A produção teórica jurídica nas últimas décadas apontou, de forma predominante, críticas à racionalidade jurídica da modernidade. O formalismo jurídico excessivo e o apego às tradições positivistas clássicas são apontados, não raramente, como condicionantes para a ineficácia do direito em sua função de resolução de conflitos.

De fato, as transformações sociais observadas nas últimas décadas indicaram limitações às concepções tradicionais do direito, pautadas numa distinção nítida entre as fontes do direito público e do direito privado, na primazia do Código Civil como norma reguladora das relações privadas e na idealização da igualdade como princípio fundador da sociedade moderna. A complexização das relações sociais gerou um quadro de esgotamento dos paradigmas acima elencados, inaugurando-se novos cenários para se pensar a racionalidade jurídica.

O jurista argentino Ricardo Lorenzetti³ trata o primeiro momento como a era da ordem (na qual as esferas jurídicas possuíam pressupostos claros e princípios autônomos e auto-suficientes) e denomina o segundo como a era da desordem (onde os campos do direito não possuem mais fronteiras fixas e estanques, sendo permeadas por zonas de indefinição).

O capítulo inicial é reservado para demonstrar a insuficiência dos paradigmas clássicos da racionalidade moderna, sobretudo no que se refere ao conflito civilizatório envolvendo o multiculturalismo. Para tanto, reserva-se uma seção para a análise da problemática da reformatação das fronteiras entre o público e privado, sobretudo do que tange a atuação do Estado como agente promotor de políticas públicas. Nesta etapa, é apresentada

³ LORENZETTI, 2010, p. 39.

uma perspectiva histórica acerca das reformas legais e políticas que acarretam alterações na relação entre o direito público e privado (1.1). Posteriormente, busca-se investigar a problemática do multiculturalismo a partir do eventual conflito envolvendo os princípios liberais clássicos (1.2).

1.1 O espaço do multiculturalismo na fronteira direito público vs direito privado

Como já sucintamente exposto, a racionalidade jurídica moderna foi norteadada por uma clara distinção entre o direito privado (tratado nos Códigos Civil e Comercial) e o direito público (tratado pela Constituição). A ausência de qualquer relação entre tais esferas traduzia uma incomunicabilidade mais profunda, envolvendo a própria esfera estatal (poder público) e a sociedade civil (poder privado): ao Estado cabendo a garantia das liberdades individuais e da segurança jurídica, restando à sociedade civil um universo de ações imune às intervenções públicas. A predominância da esfera privada produz uma drástica redução *do escopo do político, que tem sua contrapartida na defesa da ampliação das fronteiras do mercado, desaconselhando a ação social e política com base na suposição de que apenas a ação econômica privada conduz ao bem-estar social*⁴.

De fato, para Adam Smith, um dos principais teóricos do liberalismo, o bem-estar da sociedade deveria emergir da ação econômica da sociedade civil, restringindo-se, nesta esteira, a intervenção econômica do Estado.

Todo indivíduo empenha-se continuamente em descobrir a aplicação mais vantajosa de todo capital que possui. Com efeito, o que o indivíduo tem em vista é sua própria vantagem, e não a da sociedade. Todavia, a procura de sua própria vantagem individual natural ou, antes, quase necessariamente, leva-o a preferir aquela aplicação que acarreta as maiores vantagens para a sociedade⁵.

Neste contexto, onde a construção do bem-estar-social não se encontra no rol prioritário do poder público, mas é fruto da liberdade econômica garantida à sociedade civil, percebe-se que as normas jurídicas visam, sobretudo, regular as relações jurídicas entre entes privados. Daí se explica, num primeiro momento, a primazia do direito privado sobre o direito público, o qual, representado principalmente pelas Constituições, manteria um papel majoritariamente político.

A socialização do direito, observado, sobretudo no período entre guerras do século XX, traduz um processo de ruptura com os princípios do liberalismo político clássico. Fruto da resposta das forças políticas a um cenário social de forte exclusão das classes trabalhadoras⁶, é perceptível a emergência de Constituições com forte caráter social, bem como de ordenamentos jurídicos que avançam na fragilização da oposição direito público/direito privado. A autonomia da vontade cede em favor das normas de ordem pública,

⁴ ANDRADE, 2003, p. 68.

⁵ SMITH, 1996, p. 438.

⁶ Não é objetivo deste trabalho apontar as razões histórico-políticas que propiciaram o surgimento das legislações com caráter social. Tal processo, de grande complexidade, não é homogêneo em todos os contextos nacionais, havendo particularidades que devem ser respeitadas. A título exemplificativo, parece evidente que o surgimento das normas trabalhistas possui explicações distintas na comparação entre a história europeia e latino-americana. Por limitações de espaço, esta análise fica prejudicada no presente trabalho. Contudo, é possível salientar, com relativa segurança, o papel da organização dos movimentos de trabalhadores e a expansão dos ideais marxistas como fundamentos chaves para a emergência das Constituições Sociais no ocidente.

num processo de publicização do direito privado.

No Brasil, são perceptíveis ao menos três fases principais neste processo de publicização do direito, advindos inicialmente com o surgimento (a) das regras trabalhistas, posteriormente com um (b) sistema mais amplo de proteção social e, mais recentemente, com as (c) políticas de ordem ambiental e (d) cultural.

A (a) legislação trabalhista brasileira se consolida num contexto político centralizador. Com forte inspiração do regime fascista italiano, o surgimento de direitos trabalhistas na década de 30 não é fruto direto de um processo de conquista política da classe trabalhadora, mas justamente de uma tentativa de controle estatal sobre as entidades sindicais. A Constituição Federal de 1937 aprofunda o modelo sindical oficial corporativista, encarando o trabalho como um dever social, visivelmente sob a influência italiana da *Carta del Lavoro*. Em que pese tais afirmações acerca do contexto histórico-político de consolidação dos direitos trabalhistas, inegavelmente percebe-se uma alteração nas relações patronais, a partir da tutela dos trabalhadores por sindicatos inseridos na estrutura burocrática do Estado⁷. Cabe ressaltar que a tutela dos trabalhadores não era feito no âmbito do Poder Judiciário, mas através das Juntas de Conciliação e Julgamento, cuja criação coube ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, conforme regulamentação do Decreto 22132/32.

As contradições e ambiguidades da Era Vargas alcançam o ramo justrabalhista, edificado de cima para baixo, sem a legitimidade das lutas sociais e com a exclusão das massas trabalhadoras. Tal política, fundada no corporativismo italiano e implementada pela difusão de decretos-leis, direciona as reformas sociais, institui a organização do sistema sindical e constitui direitos sociais trabalhistas⁸.

O processo de consolidação de (b) políticas sociais, notoriamente nas áreas da saúde e previdência, com intuito de universalização, passa a ser observado a partir da década de 70 do século XX. Em que pese à estratificação do acesso à assistência básica, o desenvolvimento dos investimentos na área social na *América Latina durante os anos 60 e 70 foi tão impressionante que muitos países da região foram colocados no grupo líder dos países em desenvolvimento em termos de despesas sociais, cobertura de provisão social e indicadores de desenvolvimento humano*⁹.

No Brasil, o direito de acesso integral aos serviços de saúde é fruto de um processo de reivindicação da sociedade civil. O movimento sanitário que se articula durante a redemocratização do país, ganha espaço, sobretudo durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocasião na qual são formuladas as diretrizes principais que norteariam posteriormente o Sistema Único de Saúde, criado a partir da Constituição Federal de 1988. Com forte caráter aglutinador, o movimento sanitário, que surge ainda em *algumas experiências da década anterior, inicia os anos 1980 propondo como linha tática a ocupação dos espaços institucionais e a formulação/implementação ativa de políticas de saúde frente à crise previdenciária do Estado*¹⁰.

Além de garantir o acesso universal aos serviços de saúde, o SUS inova em seu caráter participativo e democratizante, propiciando, através dos Conselhos de Saúde, um controle social direto por parte de diversos segmentos da sociedade civil, que conquista, por

⁷ COSTA, 2005, p. 113.

⁸ WOLKMER, 2012, p. 151.

⁹ Ministério da Saúde, 2012, p. 224.

¹⁰ Ministério da Saúde, 2006, p. 41.

sua vez, preponderância como agente indutor de políticas no interior de esfera pública.

Ainda neste segundo momento, podem ser citados outros marcos sociais democratizantes no país, seja na área da educação pública, da assistência social, etc. Contudo, o avanço de maior significado se dá com a emergência de um corrente jurisprudencial que deixa de analisar os direitos sociais como um conjunto de normas meramente programáticas, sendo-lhes conferindo status de juridicidade.

Em que pese às dificuldades de plena efetivação, o direito à saúde se constituiu numa das matérias de maior destaque no Estado Social brasileiro. A superação da interpretação meramente pragmática sobre as normas que regulam questões de saúde, conferiu efetividade de direitos e serve atualmente como fundamento para cerca de 240 mil ações judiciais que tramitam dos tribunais do país, segundo informações do Conselho Nacional de Justiça de 2011¹¹. Percebe-se, portanto, um acréscimo nas atribuições legais do Estado e, conseqüentemente, uma expansão do espaço do direito público no centro da ciência jurídica.

Numa terceira etapa (c) de publicização do direito no Brasil podem ser inseridos os direitos vinculados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em que pese o contexto de emergência da legislação ambiental seja fruto de um processo político concomitante historicamente a outros direitos sociais no país¹², é relevante salientar que eles trazem um grau de tensão mais significativo com os princípios de direitos privados, sobretudo no que se refere ao direito de propriedade.

Inserem-se neste contexto a lei nº 6938 de 31 de agosto de 1981, que institui a política nacional de meio ambiente; a lei nº 7347 de 24 de julho de 1985, que regulou a Ação Civil Pública e, sobretudo, a Constituição Federal, a qual, em seu artigo 225, estabeleceu a responsabilidade comum do poder público e da sociedade civil na promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ao estabelecer uma série de restrições ao gozo absoluto do direito de propriedade, as normas ambientais, em nome do interesse público, invadem uma esfera do direito privado intocada na visão liberal conservadora. Além do mais, assim como em outros setores de atuação social, no direito ambiental o avanço da influência pública sobre a esfera privada também possui uma mão contrária: a sociedade civil conquista um papel relevante na função estatal de elaboração de políticas.

Por fim, (d) percebe-se a emergência, nos últimos anos, de uma série de políticas públicas tendo como foco um cenário de injustiça cultural. Tais ações se concretizam, sobretudo, a partir da proposição de microssistemas jurídicos, como o Estatuto da Igualdade Racial (instituído pela lei 12288/2011) e o Estatuto da Diversidade Sexual (em fase de coleta de assinaturas para apresentação de anteprojeto de iniciativa popular), os quais constituem um contrassenso ao ideal liberal clássico de igualdade absoluta entre indivíduos.

A emergência de leis e políticas tendo como foco o quadro de injustiça cultural também é fruto de um processo histórico-político de reivindicações que emergem no interior da sociedade civil. Uma breve análise sobre a caminhada de aprovação do Estatuto da Igualdade Racial demonstra este aspecto:

¹¹ Informação extraída do site <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>. Acesso em 16 de julho de 2013.

¹² Os movimentos sociais no Brasil organizam-se principalmente na segunda metade do século XX, notoriamente durante o regime militar. A demanda comum por democratização das esferas estatais aproxima movimentos com bandeiras distintas (com demandas por emprego, saúde, educação, direitos feministas, direitos indígenas, ambientalismo, etc.) constituindo um contexto histórico-político distinto do observado em outros países com tradição na pauta ambiental.

José Alcebiades de Oliveira Júnior e Felipe Franz Wienke - pp. 79-97

Ao contrário do que pregam alguns cientistas sociais, este Estatuto não é fruto de geração espontânea. Ele não surgiu de um vácuo sociopolítico, ou seja, sem história de luta dos movimentos negros e/ou de seus aliados, dentro e fora do parlamento brasileiro, por políticas de promoção da igualdade racial, menos ainda de um vácuo de propostas relativas aos marcos normativos que dizem respeito à questão racial brasileira¹³.

O Estatuto da Igualdade Social traz disposição expressa acerca do dever do poder público em adotar políticas afirmativas (art. 15), tendo por objetivo reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País (art. 4º, parágrafo único). Importante salientar que a própria lei conceitua as ações afirmativas como os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades (art. 1º, parágrafo único, V).

A adoção de ações afirmativas acarreta uma clara tensão com princípios liberais, sobretudo com a problemática da igualdade individual. Percebe-se, nesta esteira, um avanço da atuação estatal sobre esferas que eram reservadas ao domínio privado (avanço este que, reitera-se, também possui um fluxo inverso, com a participação de atores da sociedade civil sobre as decisões públicas). Esta confluência traz à tona uma dificuldade para o estabelecimento de uma fronteira rígida entre o direito público e o direito privado.

Pensar a questão das políticas multiculturais exige, portanto, a adoção de uma nova racionalidade jurídica, avançando-se sobre os pressupostos paradigmáticos que marcaram a modernidade liberal. A tensão entre o direito à igualdade e as ações afirmativas merece ser revisitada, o que se propõe no próximo item.

1.2 A problemática do reconhecimento no centro da ação política

Aprofundando a temática do multiculturalismo, propõe-se um debate sobre a noção de igualdade, partindo-se da visão liberal em direção ao diálogo com a teoria do reconhecimento.

Como já dito, nas abordagens liberais clássicas, o Estado mantinha-se neutro em sua relação com a sociedade civil. O princípio da igualdade que emerge das revoluções burguesas veta qualquer atuação estatal que considere os cidadãos de forma especial, como portadores de características culturais diferenciadas¹⁴. Esta visão se adequa ao projeto do Estado Nacional moderno, o qual exigiu a unificação de identidades particulares para sua consolidação. Em suma, este projeto nacional, com língua única, consolidação de instituições, símbolos, etc., exigiu a convergência de identidades, suprimindo identidades particulares e divergentes, as quais restavam propícias à extinção na medida em que não se adequaram à visão identitária unificadora. A homogeneização cultural se tornou necessária para a própria legitimação do poder nacional.

As culturas nacionais são uma forma distintivamente moderna. A lealdade e a identificação, que numa era pré-moderna ou em sociedades mais tradicionais, eram dadas à tribo, ao povo, à religião e à região, foram transferidas gradualmente, nas sociedades modernas, à cultura nacional. (...)

¹³ SANTOS et. all., 2011, p. 7.

¹⁴ LUCAS, 2009, p. 104-105.

José Alcebiades de Oliveira Júnior e Felipe Franz Wienke – pp. 79-97

A formação de uma cultura nacional contribuiu para criar padrões de alfabetização universais, generalizou uma língua única vernacular como o meio dominante de comunicação em toda a nação, criou uma cultura homogênea e manteve instituições culturais nacionais, como, por exemplo, um sistema educacional nacional. Dessa e de outras formas, a cultura nacional se tornou uma característica chave da industrialização e um dispositivo da modernidade¹⁵.

O processo de unificação de identidade, a qual passa a representar metaforicamente a coletividade nacional é definida por Boaventura de Souza Santos como *nacionalização da identidade cultural*.

A nacionalização da identidade cultural é o processo pelo qual as identidades móveis e parcelares dos diferentes grupos sociais são territorializadas e temporalizadas no espaço-tempo nacional. A nacionalização da identidade cultural reforça os critérios de inclusão/exclusão que subjazem à socialização da economia e à politização do Estado, conferindo-lhes uma duração histórica mais longa e uma maior estabilidade¹⁶.

Neste contexto, os direitos do indivíduo são reconhecidos de forma universal pelas legislações. Contudo, a igualdade preconizada acaba por abafar distinções de ordem histórica e cultural de diferentes povos. As críticas ao modelo liberal partem justamente da ideia de universalidade dos direitos humanos e de neutralidade do Estado, pretensões estas que estariam referendando um conjunto de valores liberais. A linha comunitarista externaliza estas críticas, defendendo uma maior influência dos grupos na construção identitária dos indivíduos.

(...) apregoam os comunitaristas que, em vez de se manter afastado, o Estado deve auxiliar os indivíduos a se identificarem com determinadas formas de vida comum; deve ser ativista e reconhecer direitos para as culturas coletivamente consideradas, como forma de garantir a sobrevivência das condições de possibilidade para o reconhecimento que se dá em razão direta de pertença mantidos com uma dada comunidade¹⁷.

Para os comunitaristas a comunidade possui um papel preponderante sobre a vida do indivíduo, na medida em que a identidade cultural é construída a partir dos vínculos de lealdade que o indivíduo possui com seu grupo. Os valores de uma comunidade não são eleitos isoladamente pelo indivíduo, mas são fruto da descoberta e reconhecimento ocorrido durante o processo de pertencimento que se desenvolve em um grupo social¹⁸.

Não se pretende aqui adentrar no complexo e polêmico debate entre liberais e comunitaristas. As críticas mútuas de ambas as correntes são conhecidas e impulsionaram correntes inovadoras. Deste debate, mostra-se relevante, neste momento, abstrair a noção de reconhecimento advindo das teorias multiculturais.

A noção de reconhecimento, fundamental para os pensadores do multiculturalismo, é apresentada a partir da obra de Charles Taylor, segundo o qual o reconhecimento envolve um misto de políticas universais e políticas de diferença. Segundo o autor, *para alcançar a possibilidade de auto-realização, as pessoas lutam, simultaneamente, por dignidade e para*

¹⁵ HALL, 2006, p. 49.

¹⁶ (SANTOS, 2000, p. 89).

¹⁷ LUCAS, 2009, p. 111.

¹⁸ Ibid. p. 109.

que suas particularidades sejam reconhecidas, num processo de interação permanente com o outro¹⁹. Tais lutas se caracterizam, sobretudo, pela sua intersubjetividade, na medida em que ela se constrói com o outro, em uma ação conjunta e contínua.

Taylor parte da ideia de identidade, termo que significaria *qualquer coisa como a maneira como uma pessoa se define, como é que suas características fundamentais fazem dela um ser humano*²⁰. Sua tese consiste

(...) no facto de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorrecto dos outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas serem realmente prejudicados, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam reflectirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos²¹.

Deste modo, Taylor crítica a sociedade que se torna cega às diferenças, na medida em que ela suprime identidades e, de modo sutil, de torna altamente discriminatória.

Nancy Fraser avança neste debate. Buscando avançar na linha antagônica estabelecida entre liberais e comunitaristas, a autora distingue injustiças de ordem social e injustiças de ordem cultural, afirmando que para cada injustiça são necessários remédios de ordens diversas. Em suma: desigualdades de caráter notadamente social devem ser enfrentadas com remédios redistributivos, de outro lado, desigualdades culturais (como a diferença entre os salários de brancos e negros) devem receber remédios de reconhecimento. Para as desigualdades sócio-econômicas propõe-se alguma forma de reestruturação político-econômica, através de ações de redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, bem como outras transformações nas estruturas econômicas básicas. Para as desigualdades culturais sugerem-se ações que visem alguma mudança cultural ou simbólica, através da revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados.

Alguns proponentes da redistribuição entendem as reivindicações de reconhecimento das diferenças como uma "falsa consciência", um obstáculo ao alcance da justiça social. Inversamente, alguns proponentes do reconhecimento rejeitam as políticas redistributivas por fazerem parte de um materialismo fora de moda que não consegue articular nem desafiar as principais experiências de injustiça. Nesses casos, realmente estamos diante de uma escolha: redistribuição ou reconhecimento? Política de classe ou política de identidade? Multiculturalismo ou igualdade social?

Essas são falsas antíteses (...). Justiça, hoje, requer tanto redistribuição quanto reconhecimento; nenhum deles, sozinho, é suficiente. (...) Sustento que os aspectos emancipatórios das duas problemáticas precisam ser integrados em um modelo abrangente e singular. A tarefa, em parte, é elaborar um conceito amplo de justiça que consiga acomodar tanto as reivindicações defensáveis de igualdade social quanto as reivindicações defensáveis de reconhecimento da diferença²².

A Constituição Federal brasileira acolheu os ideais de respeito e tolerância à diversidade cultural. O artigo 215 estabeleceu que o *Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará a valorização e a difusão das manifestações culturais*. Dispôs ainda que o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, conduzirá a valorização da diversidade étnica e regional (art.

¹⁹ MENDONÇA, 2009, p. 145.

²⁰ TAYLOR, 2000, p. 45.

²¹ TAYLOR. *Op. Cit.*

²² FRASER, 2007, p. 103.

215, parágrafo 3º, V), o que também foi garantido pelo artigo 216-A, o qual estabeleceu que o sistema Nacional da Cultura se regerá, dentre outros, pelo princípio da diversidade das expressões culturais (art. 216-A, parágrafo 1º, I). Em suma, percebe-se que a Constituição Federal buscou afastar a ideia de uma identidade nacional homogênea, positivando a importância de todas as culturas para a construção da dignidade humana.

A busca pela igualdade cultural numa sociedade caracterizada pela sua heterogeneidade exige uma atuação estatal incisiva sobre a sociedade civil. Por tal razão, as políticas de ordem afirmativa, as quais buscam corrigir um cenário de desigualdade cultural historicamente acumulada, geram uma tensão com outros princípios constitucionais vigentes, como o direito à igualdade e à propriedade privada.

Esta tensão, não raramente, conduz à judicialização de algumas políticas adotadas, razão pela qual a investigação sobre a decisão judicial ganha relevância. No capítulo seguinte busca-se averiguar o surgimento e consolidação de paradigmas, a partir da obra do jurista Ricardo Lorenzetti. Pretende-se ainda observar a presença destes paradigmas em decisões de processos envolvendo políticas de ordem afirmativa.

2 Multiculturalismo e a problemática da decisão judicial

É notório o entendimento de que a experiência jurídica não se esgota na lei. Cada vez mais se observa a visão acerca da importância de se desprender da literalidade do corpo normativo. Contudo, também se analisa com cautela a possibilidade de aplicação do direito fundada em alto grau de subjetividade e discricionariedade.

Como destacado por Lorenzetti, *o problema central que se discute é se o juiz deve seguir critérios precisos, como ocorre normalmente em um sistema de regras determinadas, ou deve decidir conforme o seu bom critério e discricionariedade*, já que lhe é concedido espaço para tanto²³.

No presente capítulo aborda-se a problemática da decisão judicial em casos que envolvam interesses vinculados à temática do multiculturalismo. Para tanto, inicialmente propõe-se uma breve abordagem sobre a obra do jurista argentino Ricardo Lorenzetti, tendo como foco sua teoria sobre os paradigmas na decisão judicial (2.1). Posteriormente, são estudados dois casos: o primeiro envolvendo a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (2.2), e o segundo tangendo a política de cotas adotada por universidades públicas (2.3). Propõe-se, nestes dois casos concretos, averiguar a presença de um paradigma multicultural nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1 Os paradigmas da decisão judicial

Como dito no capítulo anterior, a problemática do multiculturalismo envolve uma tensão constante com princípios basilares do liberalismo, como a igualdade e a propriedade privada. O paradigma multicultural, que busca garantir um outro status de igualdade entre grupos injustiçados culturalmente, tende a flexibilizar tais princípios.

Para avaliar a tensão referida nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, pretende-se em linhas resumidas analisar a tese do jurista Ricardo Lorenzetti acerca da influência dos paradigmas na decisão judicial. Para o autor, os paradigmas podem ser considerados como

²³ LORENZETTI, 2010, p. 169

José Alcebiades de Oliveira Júnior e Felipe Franz Wienke – pp. 79-97

(...) os modelos decisórios que têm status anterior à regra e condicionam as decisões. O princípio jurídico é um standard que deve ser observado, enquanto que a diretriz política é um standard que deve ser alcançado. Neste âmbito se costuma aplicar os princípios “ocultos” ou “programas informais”, referindo-se com isso às regras não explícitas de atuação judicial²⁴.

De outra forma, os paradigmas podem ser vistos como as pré-compreensões que tem as pessoas que tomam as decisões. O problema decorrente é que frente a um mesmo caso, julgadores podem ter enfoques diferentes quando adotam paradigmas diferentes, fato que pode comprometer a segurança jurídica. *A questão é que o jurista se transformou em um militante de verdades parciais, que não logra compreender a globalidade* (Ibid., p. 227). Logo, é necessário *estabelecer um mínimo de critérios de correção que limitem a interpretação jurídica meramente subjetiva ou hermética* (p. 228).

Lorenzetti reconhece que os paradigmas não podem ignorados, tampouco suprimidos. Propõe, assim, dois passos ao julgador: (a) expor o paradigma utilizado e qual o objetivo a ser alcançado, além de expor a tensão que provoca com outro paradigma competitivo; e (b) buscar a harmonização que tenha em conta o modelo da democracia deliberativa²⁵.

Deste modo, o autor argentino esclarece que o juiz não deve substituir as decisões das maiorias, traduzidas legislativamente pelo sistema representativo, por suas próprias convicções. Ele deve, outrossim, apontar os consensos básicos da sociedade para a vida social, não os substituindo-os pelas suas apreciações, bem como harmonizar os diferentes paradigmas concorrentes, apreciando os benefícios e prejuízos de cada um deles.

Lorenzetti salienta que, embora se reconheça a existência de princípios e valores em tensão (o que restará de fato demonstrado na próxima seção), há um metavalor, que é o pluralismo de valores. *O objetivo a ser alcançado é uma sociedade mais inclusiva, que trata de superar a dialética amigo-inimigo*²⁶.

Neste contexto, cabe ao julgador identificar os consensos básicos da sociedade. Deve ser levado em conta o grau de maturidade que a sociedade demonstra sobre a concepção de justiça, *entendida como os princípios morais que aceitam pessoas livres, iguais, racionais e razoáveis que permitem uma convivência baseada na cooperação*²⁷. Contudo, tais consensos básicos têm como limite a não ofensa aos direitos fundamentais.

Pretende-se na próxima seção analisar dois casos polêmicos, com forte tensão de interesses, nos quais o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar. Trata-se do julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional, a qual apreciou a constitucionalidade da política de cotas adotada pela Universidade de Brasília na seleção de seus estudantes e de Ação Popular que avaliou a legalidade do processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

2.2. A questão da cultura nos processos e demarcação de terras indígenas.

A primeira matéria a ser abordada na qual, indiscutivelmente, há um debate de natureza cultural, diz respeito à problemática do território indígena. A Constituição Federal

²⁴ *Idem*, p. 227.

²⁵ Não se pretende adentrar neste trabalho na discussão acerca da teoria da democracia deliberativa. O debate sobre sua aplicabilidade e suas relações com a ciência jurídica exigiriam, sem soma de dúvida, um artigo específico para tal fim.

²⁶ *Idem*, p. 229.

²⁷ *Idem*.

trouxe ao ordenamento jurídico a preocupação política com a proteção cultural dos povos indígenas, reconhecendo expressamente sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições. O texto constitucional garante também aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, estabelecendo o dever da União nos respectivos processos demarcatórios (art. 231, caput).

Percebe-se ainda que a autonomia cultural dos povos indígenas está vinculada ao seu direito às terras tradicionalmente ocupadas. É o que se depreende da interpretação do parágrafo primeiro do artigo 231 da Constituição, cujo texto conceitua terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como aquelas *necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições*.

A Constituição, portanto, positivou a necessidade de se pensar a terra indígena não apenas com um bem imóvel passível de apropriação, traduzindo também a importância sociocultural que este elemento possui para os povos indígenas.

Para os povos indígenas a terra é muito mais do que um simples meio de subsistência. Ela representa o suporte da vida social e está diretamente ligado ao sistema de crenças e conhecimento. Não é apenas um recurso natural – e tão importante quanto este – um recurso sociocultural.

(...) o modelo ocidental de propriedade individual não foi adotado pelas sociedades indígenas. Ao contrário, as reivindicações que partes das populações indígenas ante as autoridades nacionais enfatizam o grupo como um todo e não indivíduos isolados, isso não só com relação à delimitação justa de territórios, como também em questões de assistência médica, educação e outros benefícios a que têm direito²⁸.

Cabe salientar, outrossim, que o site institucional da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, ao tratar da questão da demarcação das terras indígenas, expressamente aponta a política de demarcação de terras como ferramenta para a promoção da diversidade cultural. Observa-se, dentre os objetivos arrolados, os seguintes:

- a) resgatar uma dívida histórica com os primeiros habitantes destas terras;
- b) propiciar as condições fundamentais para a sobrevivência física e cultural desses povos; e
- c) preservar a diversidade cultural brasileira, tudo isto em cumprimento ao que é determinado pelo caput do artigo 231 da Constituição Federal.²⁹

A análise do processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, devido à sua complexidade e ao conjunto de interesses envolvidos, mostra-se particularmente instigante. Ocupando parte considerável do território do estado de Roraima³⁰, a homologação da demarcação de forma contínua, fato que acarretou a retirada da população não indígena da região (ao contrário do sistema de ilhas, o qual permitiria a manutenção do restante da população já estabelecida), gerou forte instabilidade social. De acordo com as teses contrárias à homologação, o sistema adotado pela União lesaria o direito adquirido de diversos

²⁸ RAMOS, 2003, p. 13.

²⁹ Informação extraída do site http://www.funai.gov.br/indios/terras/conteudo.htm#o_que. Acesso no site 25 de julho de 2013.

³⁰ A Terra Indígena - TI - Raposa Serra do Sol está localizada no nordeste do Estado de Roraima, no interflúvio formado pelos rios Surumu, Maú e Tacutu, alcançando ao norte as fronteiras do Brasil com a Venezuela e a Guiana. A oeste, do outro lado do rio Surumu, situa-se a Terra Indígena São Marcos, já demarcada e homologada. A região da TI Raposa Serra do Sol, desde que se tem registros, é habitada pelos povos Makuxi, Ingarikó, Wapixana, Taurepang e Patamona. Possui atualmente uma população de cerca de 15 mil índios, os quais vivem em 148 aldeias. (ROCHA, 2003, p. 385)

proprietários de terras do estado. Restou patente, portanto, o conflito de discursos: de um lado aqueles que defendiam o direito fundamental da propriedade (através da manutenção dos títulos de propriedade aos atuais possuidores), de outro aqueles que defendiam a demarcação como requisito para o reconhecimento cultural das populações indígenas que tradicionalmente ocuparam as terras (através do afastamento dos possuidores não índios presentes na região).

A matéria foi debatida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Popular proposta pelo senador da República pelo estado de Roraima Augusto Affonso Botelho Neto, o qual buscava a impugnação do modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, através da declaração de nulidade da portaria de homologação expedida pelo então Ministro da Justiça. Segundo o ministro Carlos Ayres Britto em seu voto proferido no julgamento da ação popular³¹, o tratamento conferido pela Constituição Federal à demarcação de terras indígenas constitui capítulo avançado do constitucionalismo fraternal, tendo por objetivo também corrigir um histórico de injustiças culturais efetivadas contra os povos indígenas.

Também aqui é preciso antecipar que ambos os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias que só têm experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito – quando não pelo mais reprovável impulso coletivo de crueldade –, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Por isso que se trata de uma era constitucional compensatória de tais desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas (afirmativas da encarecida igualdade civil-moral). Era constitucional que vai além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, o superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro.

Saliente-se, outrossim, que o voto proferido trouxe manifestação acerca da importância da questão territorial para o reconhecimento cultural do índio. Na visão do ministro, a pluralidade cultural defendida pela Constituição Federal inclui o respeito às tradições de culturas minoritárias:

Nesse mesmo fluir do pensamento é que os arts. constitucionais de n.ºs. 231 e 232 têm que ser interpretados como densificadores da seguinte idéia-força: o avançado estágio de integração comunitária é de se dar pelo modo mais altivo e respeitoso de protagonização dos segmentos minoritários. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, lingüística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade. Depois disso, e tão persuasiva quanto progressivamente, experimentarem com a sociedade dita civilizada um tipo de interação que tanto signifique uma troca de atenções e afetos quanto um receber e transmitir os mais valiosos conhecimentos e posturas de vida. Como num aparelho auto-reverse, pois também eles, os índios, têm o direito de nos catequizar um pouco (faamos assim).

Cabe salientar que os processos de demarcação de Terras Indígenas tem relação não apenas com a efetivação de direitos humanos culturais, mas também com direitos de ordem individual. Os conflitos agrários envolvendo tais questões apontam para um ritmo constante de extermínio de lideranças indígenas como estratégia de mitigação da resistência dos índios

³¹ Íntegra do voto disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet3388CB.pdf>. Acesso em 26 de julho de 2013.

em face dos interesses econômicos e políticos contrários à demarcação³².

Em linhas gerais, cabe destacar a tensão existente entre dois paradigmas: o paradigma do acesso aos bens jurídicos primários - dentre os quais é possível incluir o acesso à propriedade privada e o paradigma multicultural – desenvolvido no capítulo anterior.

2.3. A questão da cultura e o sistema de cotas para ingresso em universidades públicas

O constitucionalismo brasileiro inaugurado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 mostrou uma preocupação com a problemática da tolerância racial. O fim de preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º). De modo semelhante, o texto constitucional estabelece que o Brasil, em suas relações internacionais, terá como princípio o repúdio ao racismo.

Tais princípios embasaram uma série de políticas públicas, bem como a criação, através de medida provisória nº 111, de 21 e março de 2003³³, da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR, que recebeu status de ministério. Cabe destacar os objetivos da SEPPIR, arroladas em seu site institucional, os quais se coadunam com os dispositivos constitucionais vinculados à questão:

- Formulação, coordenação e articulação de políticas e diretrizes para a promoção da igualdade racial;
- Formulação, coordenação e avaliação das políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos étnicos, com ênfase na população negra, afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância;
- Articulação, promoção e acompanhamento da execução dos programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, voltados à implementação da promoção da igualdade racial;
- Coordenação e acompanhamento das políticas transversais de governo para a promoção da igualdade racial;
- Planejamento, coordenação da execução e avaliação do Programa Nacional de Ações Afirmativas;
- Acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem o cumprimento de acordos, convenções e outros instrumentos congêneres assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à promoção da igualdade e combate à discriminação racial ou étnica³⁴

A articulação para elaboração de políticas de combate à discriminação de ordem racial também chegou à legislação infraconstitucional, o que se percebe notoriamente com a análise da lei 12.888, de 20 de julho de 2010, a qual instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos, bem como o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica (art. 1º, caput).

A referida lei positivou o conceito de discriminação racial, concebendo-a como,

³² A título exemplificativo, cita-se o assassinato, no interior da região da TI Raposa Serra do Sol, do líder makuxi Aldo Mota, dentro da fazenda de um vereador local. Segundo o Instituto Médico Legal de Boa Vista, a causa da morte foi natural e indeterminado. Um laudo especializado e independente foi realizado, após pedido da família e do Conselho Indígena de Roraima ao Ministério Público Federal. O Instituto Médico Legal de Brasília constatou que o índio foi executado quando estava com os dois braços erguidos (ROCHA, 2003, p. 385).

³³ A medida provisória foi posteriormente convertida na lei 10.678, de 23 de março de 2003.

³⁴ Informações extraídas do site <http://www.seppir.gov.br/sobre>. Acesso em 29 de julho de 2013.

(...) toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada (lei federal 12.888, artigo 1º, parágrafo único, I).

Cabe salientar que a lei expressamente reconheceu o papel do Estado como indutor de políticas públicas que visem desconstruir um cenário nacional de desigualdade racial, através da garantia da igualdade de oportunidades e o reconhecimento a todos os cidadãos do direito à participação na comunidade, *defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais* (artigo 2º, caput). Soma-se a isso a concepção de que o Estatuto da Igualdade Racial adota como diretriz político-jurídica a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial e a valorização da igualdade étnica.

Esta atuação do Estado na promoção do *reconhecimento* cultural se dá através de políticas públicas afirmativas. Cabe destacar que o Estatuto da Igualdade Racial positivou tanto os conceitos de políticas públicas como o de ações afirmativas. Os primeiros são todas as *ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais* (art. 1º, parágrafo único, V). As ações afirmativas, por sua vez, são *os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades* (art. 1º, parágrafo único, VI).

A lei 12711, de 29 de agosto de 2012³⁵, dando concretude ao conceito de políticas afirmativas, dispôs sobre o ingresso nas universidades federais e instituições federais de ensino técnico de nível médio. Além de reservar 50% das vagas de cada concurso seletivo para estudantes que tenham cursado o ensino médio integralmente em escolas públicas (art. 1º, caput), estabeleceu que, deste patamar, resta garantido aos indivíduos autodeclarados pretos, pardos e indígenas o número de vagas proporcionalmente igual ao percentual da população de pretos, pardos e indígenas existente na unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo dados do último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (art. 3º, caput).

A primeira universidade pública a adotar critérios raciais na seleção de seus estudantes, ainda antes do surgimento das leis acima referidas, foi a Universidade de Brasília. A Universidade destacou em seu site institucional o seguinte rol de objetivos:

- 1-Instauração, no espaço acadêmico, de um mecanismo reparador das perdas infringidas à população negra brasileira;
- 2- Acusar a existência do racismo e combatê-lo de forma ativa;
- 3- Garantia do acesso emergencial da população negra à educação superior;
- 4- Possibilidade de avaliação das consequências da inclusão de negros e negras na vida universitária;
- 5-Convivência plural e diária com a diversidade humana em sua variedade de experiências e perspectivas.
- 6-Conscientização sobre o que é ser negro no Brasil;
- 7-Reconhecimento da sociedade em geral quanto a sua capacidade de tornar mais justa a realidade.
- 8-Associar a cor da pele negra a signos de poder, autoridade e prestígio³⁶;

³⁵ A lei foi regulamentada pelo decreto nº 7824, de 11 de outubro de 2012.

³⁶ Informação extraída do site http://www.unb.br/admissao/sistema_cotas. Acesso em 20 de março de 2012.

Os objetivos mencionados pelo programa de cotas da Universidade de Brasília reconhecem o quadro de discriminação racial no país. Tal afirmação é evidente no objetivo nº 2, o qual acusa a existência do racismo e propõe o seu combate efetivo. É evidente, outrossim, a tentativa de propiciar à população negra mecanismos que a possibilitem alcançar o mesmo grau reconhecimento da população branca. O objetivo nº. 8, ao pretender associar a cor da pele negra a signos de poder, autoridade e prestígio é um exemplo contundente.

O conflito de discursos envolvendo as políticas de cotas nas universidades é facilmente observado. Os críticos destas medidas afirmam, em suma, que elas acarretam lesão à isonomia, ao não tratar todos os indivíduos da sociedade igualmente; lesão ao mérito, com a seleção de estudantes que nem sempre seriam os mais qualificados; ineficácia do remédio, na medida em que o verdadeiro problema seria de distribuição; e a impossibilidade da definição do público-alvo da medida, em decorrência da inviabilidade de definir com exatidão critérios para apontar que seria negro³⁷.

Tal debate foi levado para apreciação Supremo Tribunal Federal, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional nº 186, proposta pelo Partido Democratas - DEM. O julgamento, em suma, buscou examinar se *os programas de ação afirmativa que estabelecem um sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, estão ou não em consonância com a Constituição Federal*³⁸.

O julgamento, que definiu de forma unânime pela constitucionalidade do sistema de cotas, teve como relator o ministro Ricardo Lewandowski. O referido ministro, em seu voto, refutou a suposta suficiência de modelos meramente objetivos na seleção de estudantes como ferramenta de redução de desigualdades.

De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes.

Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos³⁹.

Inicialmente, cabe salientar que o voto aqui analisado reconhece a existência de um quadro de injustiça cultural no Brasil, oriundo de um passado de subjugação de certos grupos étnicos e que cujos efeitos não foram naturalmente eliminados.

Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas.

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas

³⁷ BEGHIN e JACCOUD, 2002.

³⁸ Voto disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf186rl.pdf>. Acesso em 10/06/2014.

³⁹ *Idem*, p. 15.

José Alcebiades de Oliveira Júnior e Felipe Franz Wienke – pp. 79-97
pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita⁴⁰.

Percebe-se, portanto, o reconhecimento da existência de um quadro de injustiça cultural dissociado das questões de desigualdade social ou financeira. Nesta esteira, as demandas por reconhecimento cultural ultrapassam as barreiras de renda, distribuindo-se por todo o conjunto social. Portanto, é necessário que a questão do reconhecimento passe a integrar o ideal de justiça social, entendimento que foi expressamente defendido no voto proferido pelo ministro Lewandorski.

Ainda sob essa ótica, há que se registrar uma drástica transformação na própria compreensão do conceito de justiça social, nos últimos tempos. Com efeito, para além das políticas meramente redistributivas surgem, agora, as políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais⁴¹.

Novamente, é possível destacar a tensão entre dois paradigmas distintos: o paradigma da igualdade entre todos os indivíduos e, novamente, o paradigma multicultural. Cabe destacar que Ricardo Lorenzetti, ao tratar das gerações de direitos, sugere uma quarta geração: o direito de ser diferente. *Esses direitos supõem um comportamento distinto do comportamento dos demais indivíduos, por isso podem ser englobados sob o rótulo “direito de ser diferente”* (LORENZETTI, 2010, p. 265). Nesta esteira, distinções de ordem cultural não podem constituir fonte de valoração depreciativa sobre determinados grupos. Logo, na visão do Supremo Tribunal Federal, a atuação do Estado como indutor da valoração positiva de grupos discriminados não traz óbice à igualdade entre indivíduos garantida pela Constituição.

Considerações iniciais

Os dois casos analisados neste trabalho demonstraram que o Supremo Tribunal Federal incorporou às suas práticas a problemática do multiculturalismo. Em ambos os julgamentos foi possível detectar a presença da abordagem do reconhecimento, cujo déficit passou a justificar a adoção de políticas públicas. Em suma, pode-se observar a recepção, pelo STF, de um paradigma multicultural, o qual recebeu considerável espaço quando confrontado com outros paradigmas.

No caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o princípio do direito à propriedade privada restou flexibilizado em decorrência da importância que a terra possui como elemento cultural de certos grupos. No caso da política de cotas, foi o princípio da igualdade que recebeu nova concepção, restando afastada a igualdade formal entre todos os indivíduos perante o estado, buscando-se a promoção da valorização de grupos reprimidos culturalmente.

A adoção de políticas afirmativas tem-se mostrado uma estratégia importante no combate ao cenário de forte desigualdade cultural no Brasil. Conforme demonstrado, as estratégias de redistribuição, isoladamente, não são passíveis de reverter este quadro, sendo necessária a adoção de medidas concomitantes de reconhecimento.

Tais ações, contudo, não são imunes à forte resistência de parte da sociedade, os quais utilizam como argumento os impactos que as políticas afirmativas trazem sobre a ideia liberal de igualdade e de direito à propriedade privada. A adoção, pelo STF, de uma concepção multicultural exige a harmonização do posicionamento com outros paradigmas vigentes na

⁴⁰ *Idem*, p. 21.

⁴¹ *Idem*, p. 27.

sociedade.

O paradigma multicultural, assim como outros também expostos na obra de Ricardo Lorenzetti, fragiliza a concepção clássica de construção de uma fronteira envolvendo o direito público e o direito privado. Esta fragilidade traduz uma nova relação entre o poder público e a sociedade civil, na qual o Estado é instado a intervir nas relações e conflitos identitários desenvolvidos nas esferas privadas.

Em linhas gerais, a partir das constatações trazidas neste trabalho, pode-se vislumbrar futuros casos onde a tensão envolvendo paradigmas levará a discussão judicial da constitucionalidade de certas políticas, como àquelas de combate a homofobia, de promoção da igualdade entre sexos ou ainda, de combate ao preconceito contra estrangeiros (apenas para citar um elemento que ainda não possui alto grau de relevância no contexto brasileiro).

Pensar tais hipóteses exige a revisitação constante dos princípios basilares da ciência jurídica, adequando-os ao cenário de uma sociedade globalizada, multicultural e com constante processo de conflito social.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania, Direitos Humanos e Democracia: reconstruindo o conceito liberal de cidadania*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

BEGHIN, Nathalie, JACCOUD, Luciana. *Desigualdades Raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: Ipea, 2002.

BERNARDINO, Joaze. Ação afirmativa e a Rediscussão do Mito da Democracia Racial no Brasil. *Estudos Afro-asiáticos*. Rio de Janeiro: Editora da UCAM, n. 2, 2002. Disponível em www.scielo.br/pdf/ea/v24n2/a02v24n2.pdf. Acesso em 20 jun. 2013.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL, Lei n.º 12888, de 20 de julho de 2010. Institui o estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis n.ºs 7716 de 5 de janeiro e 1989, 9029, de 13 de abril de 1995, 7347, de 24 de julho de 1985, e 10778, de 24 de novembro de 2003. *Diário Oficial da União de 21 de julho de 2010*.

BRASIL, Lei n.º 10678, de 26 de maio de 2013. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências. *Diário Oficial da União de 26 de maio de 2013*.

BRASIL, Lei n.º 12711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. *Diário Oficial da União de 30 de agosto de 2012*.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *Relatório Final da 1ª Conferência Mundial sobre o Desenvolvimento de Sistemas Universais de Seguridade Social*. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. *A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Popular nº 3388-4. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto.

CHADAREVIAN, Pedro C.. Para medir as desigualdades raciais no mercado de trabalho. *Revista Economia e Política*, vol.31, n.2, 2011.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 70, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452007000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 de julho de 2013.

FRASER, Nancy. “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”. In: *Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Coordenado por Jessé Souza. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

HALL, Stuart. *A identidade cultural da pós-modernidade*. Trad. por Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11ª edição. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos de Direito*. Tradução de Bruno Miragem. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUCAS, Douglas Desar. Multiculturalismo e o debate entre liberais e comunitaristas: em defesa da interculturalidade dos direitos humanos. *Revista Seqüência*, nº 58, jul. 2009.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Dimensão intersubjetiva da auto-realização: em defesa da teoria do reconhecimento. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 24, n. 70, Junho 2009.

Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092009000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 de abril de 2013.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. LEAL JUNIOR, Cândido Alfredo. O Direito na Guerra entre Culturas – Tratamento judicial de conflitos entre grupos indígenas e agentes públicos. In.: *Direitos Fundamentais e Contemporâneos* (organizado por José Alcebíades de Oliveira Junior). Rio de Janeiro. Lumen Jures, 2012.

PROGRAMA NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO BRASIL. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2005. Racismo, pobreza e violência*. Disponível em http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Brasil.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHBrasil. Acesso em 25 de julho de 2013.

ROCHA, Ana Flávia. *A defesa dos Direitos Socioambientais no Judiciário*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In.: *Os sentidos da democracia: políticas de dissenso e hegemonia global*. Organizado por Francisco de Oliveira e Maria Célia Paoli. 2ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A construção multicultural da igualdade e da diferença*. Conferência proferida no VII Congresso Brasileiro de Sociologia. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/135/135.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2013.

SANTOS, Sales Augusto dos; SANTOS, João Vitor Moreno dos; e BERTÚLIO, Dora Lúcia. *O processo de aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010*. Brasília: INESC, 2011.

SCOTT, Joan W. “O enigma da Igualdade”. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis (online), n.º. 13, 2005. Disponível em www.scielo.br/pdf/ref/v13n1/a02v13n1.pdf. Acesso em 10 de abril de 2013.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista internacional de direitos humanos*. São Paulo, v. 4, n. 6, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 de abril de 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 6ª Ed. São Paulo: Forense, 2012.

Recebido em: 10 de outubro de 2014

Aceito em: 12 de março de 2015