



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PODER JUDICIÁRIO, BRANQUITUDE E PERMEABILIDADE SOCIAL SELETIVA:
UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS FUNÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Caroline Scanci da Silva

Rio de Janeiro
2022

CAROLINE SCANCI DA SILVA

PODER JUDICIÁRIO, BRANQUITUDE E PERMEABILIDADE SOCIAL SELETIVA:
UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS FUNÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Orientador:

Prof. Wallace de Almeida Corbo

Coorientadora:

Profª Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2022

CAROLINE SCANCI DA SILVA

PODER JUDICIÁRIO, BRANQUITUDE E PERMEABILIDADE SOCIAL SELETIVA:
UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS FUNÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2022. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargadora Ivone Ferreira Caetano – Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro - EMERJ.

Convidado: Prof. Rafael Mario Iorio Filho – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro - EMERJ.

Orientador: Prof. Wallace de Almeida Corbo – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro - EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

À Araci de Jesus e Norma dos Reis, minhas avós,
por me ensinarem desde sempre que resistência
se faz dançando também, com sabedoria, bondade
e amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos *invisíveis* pela proteção e direcionamento.

Agradeço ao meu pai, José, com a certeza de que os dias mais felizes da minha vida também serão os mais tristes. Uma das minhas maiores felicidades é ser o legado daquele que um dia foi menino-rei nas ruas da periferia da zona norte do Rio de Janeiro e que se tornaria o homem capaz de me ensinar a ter calma e tomar ar. Meu pai, obrigada por, dentro das suas possibilidades, ter sido amizade e apoio em uma sociedade que forja a construção social de homens negros na raiva, dor e solidão. Parafraseando Emicida, se o rei não vai virar humilde, não mediremos esforços para que os humildes se tornem reis.

Agradeço à minha mãe, Claudia, pois sem ela o caminho da escola não seria possível. Agradeço à minha mãe por ser a minha referência cotidiana de mulher que não se pode calar, parar ou submeter. Agradeço à minha mãe por ter feito de mim ressonância e o eco dos seus movimentos de vida e liberdade.

À minha irmã, Karine, gratidão pelo afeto, risadas e conversas que deram sentido à uma caminhada que certamente não é trilhada em solidão. Acompanhar uma trajetória tão linda e especial como a sua é um dos meus maiores presentes na vida. Jamais serei como você, mas é incrível saber que sempre carregarei um pouquinho de você em mim.

Gostaria de agradecer ao conjunto de pessoas que me acolhem na qualidade de sobrinha. Homens e mulheres de personalidades fortes, espírito festivo e cujos conselhos serão lembrados aonde quer eu vá. E, falando em família, agradeço pela amizade e referência de estudos que Felipe representa em minha vida há mais de dez anos.

Segundo bell hooks, o amor-próprio não pode florescer em isolamento. Sendo assim, em nome de Hedianêz e Pedro, sou grata às amigadas que construí ao longo dessa jornada. Tenho para mim que é a razão pela qual insisto em fazer do afeto a minha forma de viver no mundo.

À minha psicóloga, Thayná, gratidão pelo encontro que revolucionou a minha relação comigo mesma – para que o amanhã não seja só um ontem com um novo nome.

À professora Mônica Cavalieri e toda a equipe do Setor de Monografia, a qual integra a querida e sempre solícita Tarcila Venusia, gratidão pelo incentivo, empenho e gentileza ao longo da elaboração deste trabalho.

Por fim, agradeço à Wallace Corbo, meu querido professor orientador, pela troca, generosidade e por ser inspirada pelo seu compromisso diário com uma educação como prática de liberdade. É preciso assumir o compromisso de empreender esforços para que todos tenham condições de sonhar e alcançar seus sonhos em nossa sociedade, sem preconceitos, individualismos retrógrados e desculpas anacrônicas. Grata a todos os professores e professoras negras que são a referência que tanto precisamos para chegar onde quisermos chegar, movendo estruturas, nos fortalecendo e incomodando a branquitude do seu lugar de conforto.

Tem sangue retinto pisado atrás do herói emoldurado. Mulheres, tamoios, mulatos, eu quero um país que não está no retrato.

Estação Primeira de Mangueira, 2019

Porque de novo cravejaram o meu corpo, os profetas da intolerância, sem saber que a esperança brilha mais na escuridão.

Estação Primeira de Mangueira, 2020

O colonialismo é uma ferida que nunca foi tratada. Uma ferida que dói sempre, por vezes infecta, e outras vezes sangra.

Grada Kilomba

SÍNTESE

As relações entre racismo e Direito tem sido cada vez mais objeto de reflexão por atores dos movimentos negros e pesquisadores acadêmicos de diversos ramos. Paralelo a isso, constitucionalistas alinhados à doutrina jurídica tradicional apontam um movimento que, a partir do final do século XX, proporcionou a expansão do Poder Judiciário e mais especificamente o protagonismo institucional de tribunais superiores ou cortes constitucionais, surgindo desde então diversas teorias que visam compreender os seus papéis no exercício da atividade de interpretação e aplicação da Constituição. A essência deste trabalho é abordar as problemáticas que envolvem o desenvolvimento da teoria de Luís Roberto Barroso sobre as funções do Supremo Tribunal Federal, verificando sua relevância e apontando suas limitações no que diz respeito às dimensões estrutural, institucional, individual, epistemológica e pedagógica do racismo. Nesse sentido, serão considerados aspectos de hermenêutica jurídica constitucional à luz dos estudos de branquitude e da existência de pactos narcísicos nas instituições. Além disso, o trabalho investiga o atual desenho institucional do tribunal, que revela a ausência de representatividade negra e de permeabilidade social do acesso ao processo de jurisdição constitucional abstrata.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Representação. Hermenêutica jurídica. Desenho institucional. Racismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1.PERSPECTIVAS DA DOCTRINA TRADICIONAL SOBRE O FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL E FUNÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	14
1.1. História institucional do Supremo Tribunal Federal: instrumentalização da “crise”, atmosfera de despolitização e ausência de garantias.....	15
1.2. Ascensão do Poder Judiciário após a redemocratização e discussões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional.....	24
1.3. Os papéis do Supremo Tribunal Federal no direito constitucional contemporâneo..	32
2. BRANQUITUDE E PODER JUDICIÁRIO: O ENSINO E A HERMENÊUTICA JURÍDICA À SERVIÇO DA MANUTENÇÃO DE PACTOS NARCÍSICOS	43
2.1. Considerações sobre Direito, racismo institucional e o poder de branquitude.....	44
2.2. O problema da construção do pensamento jurídico e a sua influência sobre a atuação dos magistrados	52
2.3. Reflexões sobre hermenêutica jurídica e o vocabulário que informa as decisões do Supremo Tribunal Federal a partir dos julgamentos da ADC nº 41 e da ADPF nº 347..	64
3. PERMEABILIDADE SOCIAL SELETIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DOS MECANISMOS DE INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA E LIMITAÇÕES DO DESENHO INSTITUCIONAL ATUAL NO QUE DIZ RESPEITO AO PROCESSO DE JURISDIÇÃO ABSTRATA	79
3.1. Desigualdade de acesso à carreira da magistratura: dados sobre representação, forma de ingresso e formação de magistrados.....	79
3.2. Narrativas negras e permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal..	89
CONCLUSÃO.....	107
REFERÊNCIAS	111

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI – Ato Institucional
APIB – Articulação dos Povos Indígenas do Brasil
ART. – Artigo
CNJ – Conselho da Justiça Federal
CRFB/88 – Constituição da República Federativa de 1988
INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira
MC – Medida Cautelar
MEC – Ministério da Educação
MI – Mandado de Injunção
Nº – Número
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STM – Superior Tribunal Militar
TSE – Tribunal Superior Eleitoral
TST – Tribunal Superior do Trabalho

INTRODUÇÃO

A análise do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal não pode mais ser enclausurada em categorias jurídicas abstratas nem marcos teóricos que desconsideram as opressões de raça, classe e gênero que são reproduzidos nos aparelhos oficiais do Estado. O presente trabalho visa explicitar algumas fronteiras, em termos raciais, dos marcos hegemônicos e de teorias descritivas ou normativas sobre as funções do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal difundidas por juristas aos quais é conferido elevado grau de reconhecimento e autoridade, seja nas universidades de Direito ou em outros espaços oficiais de reflexão acadêmica.

Inicialmente, optou-se por reunir o que é dito a respeito da história institucional do STF, bem como da trajetória da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade no país. A exposição que é realizada no primeiro capítulo, resultado de pesquisa bibliográfica sobre a temática, não pretende ser exaustiva, mas há uma razão para essa opção que remonta à história constitucional brasileira. A sua finalidade consiste em evidenciar que o constitucionalismo contemporâneo sofre os influxos, por exemplo, da atuação de magistrados que possuem uma posição social e formação intelectual constituídas a partir de determinados paradigmas e do estabelecimento, no final do século XX, da ditadura empresarial-militar, já que esta influenciou a construção das bases do controle de constitucionalidade brasileiro. Assim, inicia-se o percurso desta monografia com a apresentação da produção teórica brasileira, considerada clássica e tradicional, a respeito da ascensão, legitimidade e funções do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal.

A respeito do primeiro capítulo, duas observações metodológicas são necessárias. Primeiro, é importante destacar que, neste momento, a utilização de referências estrangeiras tem a finalidade de explicitar fenômenos não captados ao longo da apropriação teórica por juristas brasileiros, na medida em que esse uso auxiliará a compreender as questões que envolvem o objeto sob investigação. Em segundo lugar, assume-se o fato de que, para ser mais fiel à proposta da presente pesquisa, o mais coerente seria iniciar a apresentação das reflexões que ela ensejou pelos marcos teóricos que a fundamentam. Isso porque iniciar o trabalho de escrita pela apresentação das perspectivas tradicionais sobre a função do Poder Judiciário pode dar a impressão ao leitor de que essas perspectivas já consolidadas na gramática dos cursos e debates envolvendo a atuação do Supremo Tribunal Federal são referência, lente de análise principal para a hipótese a ser desenvolvida.

Para eliminar qualquer possibilidade de interpretação, consciente ou não, nesse sentido, destaca-se que a opção de organização dos capítulos, de apresentação das referências utilizadas e reflexões desenvolvidas tem relação com a trajetória que foi sendo realizada ao longo da elaboração, considerando a necessidade de maior aprofundamento em um momento inicial das produções situadas no âmbito da doutrina tradicional - tendo em vista que, por outro lado, já havia uma proximidade teórica e acadêmica anterior da autora deste trabalho com produções relacionadas à teoria crítica da raça. Por essa razão, há o esforço de explicitar adequadamente nesta introdução que a pesquisa, como um todo, situa-se no plano da crítica ao direito oficial a partir de perspectivas teóricas que desvelam a produção e reprodução das imbricações das relações de raça, gênero e classe nos aparelhos do Estado.

Assim, assume-se a posição de oferecer reflexões que contribuam para transformação progressiva do Poder Judiciário. Para tanto, porém, parte-se do compromisso fundamental de compreendê-lo em sua complexidade, considerando as relações de poder e opressão que produz e perpetua, uma vez que não é possível desmascarar as atualizações dos instrumentos de institucionalização da morte e de negação de vida digna e liberdade à população negra utilizando como lente principal de análise perspectivas jurídicas que dissimulam pactos narcísicos de branquitude. Se a organização da pesquisa ora apresentada parece se desviar dessa proposta, fundamental a realização dessas sinalizações para explicitar, ao menos, a matriz teórica sobre a qual, de fato, o projeto acadêmico se baseia.

Nesse sentido, a teoria crítica da raça e o pensamento decolonial em perspectiva diaspórica tem sinalizado que o racismo institucional constitui chave teórica importante para analisar de que maneira o direito é mobilizado, conscientemente ou não, para garantir a conservação de hegemonias, privilégios e a manutenção das hierarquias raciais, através da negação de direitos e de acesso a determinados espaços de tomada de decisões por mulheres e homens negros.

Assim, no segundo capítulo, defende-se que é preciso transcender o marco histórico muitas vezes utilizado para refletir sobre a atuação do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à “proteção das minorias”. Se a doutrina tradicional utiliza como referência a Constituição da República de 1988, é preciso nomear o racismo e a branquitude como elementos que informam decisões judiciais e posições institucionais ao longo da história. Busca-se investigar, assim, de que maneira o ensino jurídico apaga perspectivas negras e contribui para a formação de bacharéis que ocupam as instituições jurídicas brasileiras, entre elas o Poder Judiciário, aplicando o Direito de maneira racialmente enviesada. Nesse sentido, investiga-se como o vocabulário dos ministros do Supremo

Tribunal Federal incorpora a questão racial e se o reconhecimento do racismo estrutural e institucional bem como a admissão do compromisso com a transformação social tem sido suficientes para justificar a atuação contramajoritária do tribunal.

Por fim, no terceiro capítulo, o trabalho se ocupa do entendimento sobre as limitações e possibilidades do desenho institucional do Supremo Tribunal Federal. Em um primeiro momento o foco reside no mecanismo de ingresso na carreira da magistratura e em aspectos da ausência de representatividade negra no âmbito do Poder Judiciário e mais especificamente do Supremo Tribunal Federal. Em um segundo momento, levando-se em consideração a necessidade de ampliação dos mecanismos de superação do racismo institucional no que diz respeito ao Supremo e aos órgãos do Poder Judiciário, que não devem se limitar à questão da representatividade e das cotas raciais nos concursos públicos, trata-se da questão da permeabilidade social seletiva do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, com atenção na jurisprudência restritiva a respeito do conceito de entidade de classe de âmbito nacional previsto no artigo 103, inciso IX, da Constituição da República de 1988. A partir da realidade da falta de representatividade negra nas instituições jurídicas e da produção e naturalização, por elas, de privilégios e violação de direitos fundamentais, trata-se então de um importante mecanismo de ampliação da influência deste grupo racial, que ocupa posição de desvantagem material e simbólica na sociedade brasileira, nos processos constitucionais.

1. PERSPECTIVAS DA DOCTRINA TRADICIONAL SOBRE O FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL E FUNÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Em junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as condutas de homofobia e transfobia se enquadram na tipificação da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989¹, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, até que sobrevenha a edição de lei específica pelo Congresso Nacional. Na oportunidade, ministros do STF reconheceram a omissão inconstitucional do Congresso Nacional na aprovação de projetos de lei que instituíam os crimes de homofobia e transfobia e, assim, implementem os mandados de criminalização definidos no artigo 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição da República de 1988². Consideraram, ainda, que condutas homotransfóbicas são expressões de racismo, compreendido em sua dimensão social.³

O entendimento é alvo de objeções que analisam diversos fatores em termos de conteúdo e consequências da decisão. Porém, nos espaços de produção do conhecimento jurídico, uma questão específica assume o protagonismo nas reflexões sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento supramencionado. Discute-se em que medida, ao decidir, suprimindo a omissão inconstitucional do Poder Legislativo no âmbito penal, teria o Tribunal atuado de maneira antidemocrática por violação ao princípio da separação de poderes. Isso porque a função de legislar sobre matéria penal e criar tipos penais seria do Congresso Nacional, cabendo ao Supremo apenas a interpretação e aplicação da Constituição.

Sem explorar a fundo essa crítica aplicada à decisão, trata-se de objeção inserida em uma temática elevada a um nível de importância considerável nos debates que envolvem a atuação de tribunais superiores no contexto do constitucionalismo contemporâneo: a legitimidade da jurisdição constitucional e da atuação desses tribunais considerando o conjunto de valores que envolvem a construção do Estado Democrático de Direito. Esse

¹ BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm>. Acesso em: 08 dez. 2021.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 dez. 2021.

³ O reconhecimento da omissão inconstitucional pelo Supremo Tribunal ocorreu no bojo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, de relatoria do Ministro Edson Fachin. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 06 jan. 2021. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

questionamento tem sido focalizado nos debates sobre o comportamento do STF, seja à luz do princípio da separação de poderes, seja à luz da violação do direito à existência digna de grupos historicamente oprimidos. Assim, o percurso desta monografia inicia-se pela apresentação da produção teórica brasileira, considerada clássica e tradicional, a respeito da ascensão, legitimidade e funções do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal.

Com exceção da Constituição de 1937, em todas as demais Constituições do Brasil é possível encontrar alguma norma que mencione como deve ser a relação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ainda que, a exemplo da Constituição de 1824, a estrutura de poderes esteja distante do modelo de tripartição desenvolvido por Montesquieu, caracterizado pela correspondência entre a divisão funcional e a divisão orgânica. De todo modo, a doutrina tradicional, como será possível constatar a partir da exposição a seguir, entende que essas normas conviveram com omissões e contradições do Constituinte de seu próprio tempo e com disputas políticas no cotidiano das instituições brasileiras, especialmente no que diz respeito à atuação dos tribunais.

1.1. História institucional do Supremo Tribunal Federal: instrumentalização da “crise”, atmosfera de despolitização e ausência de garantias

Em trabalho sobre a organização do Poder Judiciário e sua relação com as demais esferas de poder durante o período imperial, pesquisadores destacam que àquela época a idealização do Supremo Tribunal de Justiça, expresso na Constituição de 1824, foi produto de uma necessidade de ruptura do Império com a tradição portuguesa.⁴ Havia a necessidade de

⁴ O Poder Moderador foi incluído no modelo de separação de poderes instituído pela Constituição de 1824, de modo que é possível afirmar que a teoria do poder neutro influenciou diretamente a construção do primeiro arcabouço institucional de nação independente desenvolvido no Brasil. Para Erico Araújo Bastos, se essa teoria se consolida no Império através da idealização de uma instituição oficial, influenciando a política dos Estados, na República, na segunda metade do século XX, também é possível perceber resquícios da teoria do poder moderador, manejada para legitimar o golpe empresarial-militar de 1964, “através de uma retórica da moralidade que tinha por objetivo legitimar as Forças Armadas como interventora da democracia para salvar a própria democracia”. BASTOS, Erico. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. 2010. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 172. Assim, o trabalho de Erico Bastos tem como premissa a noção de que a teoria do poder moderador assumiu diversos formatos no Brasil, sendo possível identificar seus resquícios na cultura política brasileira, inclusive em algumas instituições democráticas. Nesse sentido, visa à compreensão de seus reflexos antidemocráticos na atuação do Supremo Tribunal Federal, a partir da identificação de elementos caracterizadores da teoria do poder neutro nos entendimentos adotados pelo Tribunal nos casos envolvendo a verticalização das coligações partidárias, a legitimidade de centrais sindicais para ingressar com ação direta de inconstitucionalidade e a questão da fidelidade partidária. Porém, as contribuições do autor precisam ser compreendidas com cuidado. Recentemente, durante o 9º Fórum Jurídico de Lisboa, em Portugal, o Ministro Dias Toffoli afirmou: “Nós já temos um semipresidencialismo com um controle de poder

criação de um órgão responsável pelo fortalecimento de um sentimento de legitimidade do Poder Judiciário. Porém, ao longo dos anos, esses objetivos não foram satisfeitos. Isso porque o Supremo Tribunal de Justiça não conseguiu se desvencilhar totalmente da influência que a tradição portuguesa exercia sobre todo o espaço público naquele momento histórico. A formação intelectual e profissional de seus membros é apontada como um dos fatores dessa continuidade.⁵ Além disso, o funcionamento do Supremo Tribunal de Justiça sofria influxos de tensões existentes dentro de sua própria estrutura e de pressões oriundas de outras esferas de poder, que se esforçavam para mantê-lo sob controle.⁶

Ao longo do período imperial, porém, não é possível afirmar que o Tribunal se manteria absolutamente isolado de questões políticas. O Supremo Tribunal lidava com demandas que envolviam agentes políticos de maneira difusa, ainda que a ele não fosse conferida a legitimidade necessária para enfrentar diretamente e com protagonismo os assuntos subjacentes aos julgamentos. Admite-se, ainda, que as decisões proferidas no bojo dos processos refletiam uma postura de deferência com relação à atuação desses agentes, considerada, em sua maioria, compatível com a lei e a Constituição.⁷ Apesar da aprovação de leis que ampliaram as competências do Poder Judiciário, especialmente a Reforma Judiciária de 1871⁸ e a Lei Saraiva de 1881⁹, nenhuma delas trouxe mudanças significativas com relação

moderador que hoje é exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Basta verificar todo esse período da pandemia.” *Gazeta do Povo*. *Toffoli diz que Brasil vive semipresidencialismo com STF como poder moderador*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/toffoli-diz-que-brasil-vive-semipresidencialismo-com-stf-como-poder-moderador/?ref=link-interno-materia>>. Acesso em: 02 dez. 2021. A declaração foi alvo de diversas críticas que destacaram o caráter autoritário do Poder Moderador relacionando-o com a capacidade que o Supremo Tribunal Federal possui atualmente de decidir sobre diversos assuntos da política oficial brasileira e interferir na vida cotidiana das pessoas. É comum, porém, que em momentos do que se convencionou denominar “crise institucional” críticas direcionadas a algumas instituições sejam realizadas como instrumento de afirmação do poder político das demais. Assim, realizada a ressalva, da leitura da pesquisa de Erico Bastos extrai-se tão somente a necessidade de que a comunidade jurídica esteja atenta à possibilidade de o STF atuar como poder neutro, conferindo legitimidade aos interesses políticos oriundos de outros poderes constituídos, seja em momentos de instabilidade institucional e política ou não.

⁵ SLEMIAN, Andréa; LOPES, José; GARCIA NETO, Paulo. O Judiciário e o Império do Brasil: o Supremo Tribunal de Justiça (1828-1889). *Artigos Direito GV (Working Papers)*, São Paulo, paper 35, p. 1-98, 2009, p. 16 e 18.

⁶ *Ibid.*, p. 23

⁷ *Ibid.*, p. 75

⁸ BRASIL. *Lei nº 2.033*, de 20 de setembro de 1871. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm>. Acesso em: 13 dez. 2021. No presente trabalho, optou-se pela não reprodução da integralidade dos dispositivos normativos em notas de rodapé, em virtude da possibilidade de poluição visual do texto que se apresenta. No entanto, quando forem mencionados artigos das diversas espécies normativas, a referência em nota de rodapé será realizada, com a indicação do link ou documento escrito físico para acesso pelo leitor. Especialmente em trabalhos que utilizam como referências bibliográficas documentos jurídicos antigos, indica-se a consulta para conferir mais concretude a doutrinas, normas e decisões que se distanciam do presente, mas foram criadas por alguma razão e finalidade, conformando (ou não) as instituições que com elas conviveram, bem como o contexto social e a cultura política e jurídica da época.

à sua independência, inclusive porque visavam igualmente à preservação do sistema monárquico.¹⁰

O Supremo Tribunal Federal passou a ter essa denominação com o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890¹¹, que organizou a estrutura do Poder Judiciário em duas esferas de competência: federal e estadual.¹² A ordem jurídica da época, porém, não foi capaz de protegê-las da intimidação e coação das oligarquias políticas locais, seja pela demora na extensão das garantias previstas na Constituição de 1891 para os juízes federais aos magistrados estaduais, ou pelo conjunto de competências dos órgãos federais que tangenciavam a relação entre a União e os Estados, que certamente despertavam o interesse de grupos políticos dominantes.¹³ Vale dizer que a Constituição de 1891 trouxe uma novidade ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência para rever processos apreciando a validade de norma ou ato normativo à luz da Constituição e estabeleceu o controle difuso de inspiração norte-americana, que, como se verá mais adiante, foi um modelo presente na origem do desenvolvimento do controle de constitucionalidade em diversos países.¹⁴

Assim, é possível afirmar que a problemática da independência judicial e a sua relação com os interesses envolvidos na dinâmica do jogo político são questões apontadas atualmente como subjacentes à própria gênese do Poder Judiciário no Brasil e mais especificamente do Supremo Tribunal Federal durante o século XIX. A leitura que se extrai é que havia, em tese, uma pretensão dissimulada de blindagem do Poder Judiciário em relação a questões políticas, que, ao invés de prezar pelo seu fortalecimento institucional, se consubstanciava em esforços para opor obstáculos à promoção de garantias que possibilitariam o seu desenvolvimento. No plano concreto, essa pretensão, quando não servia

⁹ BRASIL. *Decreto nº 3.029*, de 9 de janeiro de 1881. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/lei-saraiva>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

¹⁰ SLEMIAN, op. cit., p. 86, 87.

¹¹ Caso haja o interesse de consulta aos artigos 54 e seguintes, do Decreto mencionado, que tratam do Poder Judiciário e fazem referência ao Supremo Tribunal Federal, ver BRASIL. *Decreto nº 510*, de 22 de junho de 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/388004/publicacao/15722625>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

¹² TINOCO, Alexandre Motta. As práticas institucionais do poder judiciário brasileiro: da Primeira República à Constituição Federal de 1934. *Revista Interdisciplinar de Direito*, Valença, v. 11, n. 1, p. 189-196, out. 2017, p. 181.

¹³ *Ibid.*, p. 182 e 183.

¹⁴ Ver o artigo 60, da Constituição de 1891 em: BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 06 jan. 2021. O conceito de controle de constitucionalidade foi enunciado de maneira categórica, ainda, no artigo 13, parágrafo 10, da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894. BRASIL. *Lei nº 221*, de 20 de novembro de 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm#:~:text=L0221%2D1894&text=LEI%20N%C2%BA%20221%2C%20DE%20da%20Justi%C3%A7a%20Federal%20da%20Republica>. Acesso em: 06 jan. 2021.

para reafirmar o poder político dominante, convivia com a contradição manifesta de que o tribunal superior enfrentava questões que tangenciavam aspectos da política local ou da federal.

Talvez esse elemento de interferência tenha motivado, na primeira metade do século XX, uma preocupação crescente com a quantidade de demandas judiciais enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, nenhum dos trabalhos que foram consultados ao longo da elaboração deste capítulo traçam a evolução de uma problemática que, conforme exposto no início desta seção, já se apresentava quando da criação do até então Supremo Tribunal de Justiça.¹⁵ Criado sob a influência de um discurso que evidenciava a necessidade de ruptura com a tradição portuguesa e de fortalecimento das instituições do Império, a formação de juristas brasileiros já se apresentava naquela época em descompasso com este objetivo, uma vez que em nada inovava para, com isso, garantir uma modificação do espaço público oficial. Essa questão em específico será melhor desenvolvida. Por ora, cumpre assinalar que, ainda que seja possível reconhecer as limitações do presente trabalho, é razoável afirmar que esse debate foi negligenciado, isto é, não se consolidou como objeto de reflexão no contexto de produção do conhecimento e no espaço público oficial da época. De todo modo, considerando os objetivos deste capítulo, o assunto será aprofundado no momento oportuno.

Ao avaliar o discurso sobre a “crise do Supremo Tribunal Federal” no século XX, Heloísa Câmara destaca que, já na década de 1920, é possível encontrar declarações denunciando o excesso de demandas que chegavam ao Supremo. Essas ideias perduram até o final da ditadura militar e, segundo a autora, em diversos momentos foram mobilizadas com a finalidade de reduzir a competência do Tribunal.¹⁶ Na primeira metade do século XX, como exemplo, destaca-se a aprovação da Reforma Constitucional de 1926. A reforma determinou que autoridades judiciais não poderiam intervir em questões políticas sensíveis, retirando a competência do Supremo Tribunal Federal em casos envolvendo estado de sítio, intervenção

¹⁵ Nesse sentido, cumpre ressaltar que o desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso se dá dentro de alguns limites em termos de tempo e profundidade com relação às referências bibliográficas consultadas, o que é natural. Certamente isso torna complexa a afirmação de que o assunto que será apontado neste parágrafo foi absolutamente ignorado nos artigos e trabalhos acadêmicos consultados, até porque as suas escolhas metodológicas foram justificadas a partir de um objetivo específico e muito particular. Além disso, também torna difícil a afirmação de que não há algumas referências bibliográficas, consideradas clássicas e tradicionais, que tangenciem a problemática que será apontada. Contudo, em relação aos trabalhos que foram lidos, que tratam tanto da história institucional do Poder Judiciário quanto das questões que permeiam as suas funções, legitimidade e relação com outros poderes, não foi possível identificar a evolução dessa problemática, de modo que a partir da identificação dessa limitação surgiu uma necessidade de investigação, que é sinalizada adiante e a qual será conferida mais atenção no momento oportuno.

¹⁶ CÂMARA, Heloisa. *STF na ditadura militar brasileira: um tribunal adaptável?* 2017. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017, p. 110.

federal e perda de mandato, impedindo que influenciassem o cenário político brasileiro e a criação de mecanismos para a garantia de maior independência funcional. Também reduziu a aplicabilidade do *habeas corpus* à garantia do direito à liberdade de locomoção. Afirma-se que, inicialmente, a construção jurisprudencial brasileira que dá origem a este remédio constitucional se relaciona a uma ampliação de seu objeto para a garantia de diversos direitos, equiparando-o ao mandado de segurança.¹⁷

Durante o Governo Provisório foram suspensas diversas garantias constitucionais, inclusive aquelas vinculadas ao Poder Judiciário e aprovados diversos decretos que, ao ampliar as possibilidades de arbítrio do Poder Executivo federal, minavam a expectativa do controle de leis e atos normativos pelo Poder Judiciário e as suas chances de consolidação como poder independente.¹⁸ Após, a Constituição da República de 1934 reuniu algumas modificações relevantes, destacando-se a previsão de garantias à magistratura civil e militar de vitaliciedade, irredutibilidade dos vencimentos e inamovibilidade. Manteve-se a dualidade de organização judiciária com estabelecimento de obrigatoriedade da prestação de concurso público para o ingresso na magistratura estadual, a previsão de sistema de promoções e de atribuição exclusiva dos tribunais para dispor sobre a sua organização interna.¹⁹

A Constituição de 1934 trouxe a possibilidade de suspensão, pelo Senado Federal, da execução de leis consideradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário e inovou ao estabelecer a cláusula de reserva de Plenário e criar a representação interventiva.²⁰ A intervenção nos estados pela União, em razão do descumprimento de princípios constitucionais sensíveis, dependia de provocação do Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República, cabendo ao Tribunal avaliar a constitucionalidade da lei de decretação da intervenção. Trata-se de hipótese de controle de constitucionalidade concentrado-concreto que consistiria, em tese, em um mecanismo de resolução de conflitos federativos constitucionais. De todo modo, aponta-se que havia uma preservação da primazia do sistema incidental e difuso de controle

¹⁷ TINOCO, op. cit., p. 187. Há, inclusive, quem afirme que o *habeas corpus* consistia em um instrumento relevante da atuação do Poder Judiciário como guardião dos direitos individuais, conforme CÂMARA, op. cit., 116-117.

¹⁸ Ibid., p. 189-191. Nesse sentido, destaca-se a redução do número de ministros de quinze para onze e a criação de turmas, pelo Decreto 19.656/1931, bem como a realização de aposentadoria de seis ministros, pelo Decreto 19.711/1931, com a justificativa de que havia uma incompatibilidade entre o modo como desenvolviam suas atividades e as funções que deveriam desempenhar, provocada especialmente pela idade avançada e indisposição, conforme CÂMARA, op. cit., p. 111.

¹⁹ TINOCO, op. cit., p. 192-193. A seleção dos juízes federais permaneceu por escolha pessoal do Presidente da República, após envio pelo Supremo de uma lista de cinco cidadãos escolhidos por meio de escrutínio secreto.

²⁰ Ver os artigos 91 e 12, incisos e parágrafo 2º, da Constituição de 1934, em BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 13 jan. 2021.

²⁰ CÂMARA, op. cit., p. 154-155.

de constitucionalidade e a Constituição estabeleceu quórum de maioria absoluta dos votos para a declaração de lei ou ato normativos pelos tribunais, sem qualquer disposição no sentido de que as decisões poderiam ter efeito *erga omnes*.²¹ Assim, prevalecia a perpetuação de um cenário onde a atuação da magistratura brasileira se limitava predominantemente à litigiosidade individual.

Nesse sentido, a partir das referências que foram consultadas, o desenvolvimento do Supremo Tribunal Federal e do Poder Judiciário no final do século XIX e na primeira metade do século XX é apontado como sendo marcado ora pela ampliação das garantias que promovem o seu fortalecimento ora pela sua redução, o que pode ser observado também em relação à delimitação das suas competências.²² Este trabalho, porém, é orientado pelo questionamento que vem ganhando cada vez mais notoriedade e aponta para o fato de que as hierarquias que se produzem nas relações raciais orientam não apenas a vida social, mas a dinâmica de fragmentação/fortalecimento das instituições, sendo capaz, portanto, de influenciar a relação entre os poderes constituídos.

De todo modo, afirma-se que até o fim da ditadura empresarial-militar na década de 70 o Supremo Tribunal Federal figurava na história brasileira como um tribunal adaptável com independência controversa.

Em um primeiro momento, constatava-se pouca reação no Supremo em relação a tomada do poder pelos militares. Porém, sob a vigência do Ato Institucional nº 1, quarenta e nove juízos foram afastados com base no artigo 7º, suspendendo temporariamente garantias de vitaliciedade e estabilidade. Além disso, estabeleceu-se, no artigo 7º, parágrafo 4º, uma cláusula impedindo o Poder Judiciário de apreciar atos que fossem tomados com base no

²¹ TINOCO, op. cit., p. 194. O artigo 76, da Constituição de 1934 estabelece as competências do Supremo Tribunal Federal e no seu inciso III dispõe sobre a competência do Tribunal para julgar recurso extraordinário. O artigo 179, da referida Constituição dispõe sobre o quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 13 jan. 2021.

²² No Estado Novo, a criação do Tribunal de Segurança Nacional, em 1936, revelou uma estratégia de redução da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar questões que envolviam repressão política. O Tribunal, que funcionaria quando decretado estado de guerra, tinha competência para o julgamento de civis e militares no cometimento de crimes contra as instituições militares e contra a segurança externa da República e julgou, de setembro de 1936 a dezembro de 1937, o total de 1.420 pessoas. Dentro dessa perspectiva, destaca-se, ainda, como mecanismo de intervenção no Supremo Tribunal Federal, o Decreto-Lei 6/1937, que organizou o funcionamento do Tribunal em três turmas com cinco ministros e estabeleceu que a partir de 10/11/1937 o mandato de segurança não permaneceria mais em vigor em relação aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, governadores e interventores. Em 1946, há a criação do Tribunal Federal de Recursos para diminuir a quantidade de processos que eram levados à apreciação do Supremo, o que de certa maneira aproxima a sua função como sendo mais compatível com a de Corte Constitucional. CÂMARA, op. cit., p. 112 e 115. É mantido o sistema de controle de constitucionalidade difuso e a competência do Senado Federal no que diz respeito à suspensão de lei declarada institucional, porém, somente após decisão definitiva do Supremo.

referido diploma normativo, revelando uma intenção no sentido de ampliar a liberdade da atividade legiferante pelo Poder Executivo.²³ Ademais, a relação entre o Poder Executivo e Poder Judiciário sofreu os influxos da concessão de *habeas corpus* a políticos perseguidos pelo regime.²⁴ Neste momento, diante dessa relação conturbada, alguns ministros passam a refutar propostas externas de reforma ao Tribunal, visando fortalecer o Supremo, bem como sua independência.²⁵

No Brasil, a modalidade de controle abstrato de constitucionalidade seria introduzida apenas em 1965, com a Emenda Constitucional nº 16, responsável pela criação da representação de inconstitucionalidade, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, cuja legitimidade foi conferida ao Procurador-Geral da República e tinha como objeto a apreciação de incompatibilidade de lei ou ato normativo federal ou estadual com a Constituição. A primeira explicação, de cunho oficial, para o surgimento da referida Emenda Constitucional está relacionada à necessidade de redução do número de processos que eram submetidos à apreciação da Corte, o que estava na contramão da sua estrutura e do modo como deveria se desenvolver o seu processo deliberativo, com a capacidade de gerar decisões densas e tempestivas.²⁶

Porém, Heloísa Câmara destaca que a criação do controle abstrato de constitucionalidade revela um paradoxo, na medida em que a concessão de mais poder ao Supremo vai na contramão do processo de repressão e cerceamento iniciado no Ato Institucional nº 2.²⁷ Diante dessa contradição, constitucionalistas como Daniel Sarmento defendem que, com a instituição de um novo mecanismo de controle de constitucionalidade, o Presidente da República teria mais um instrumento para controlar o Congresso Nacional, já que o Procurador Geral da República era escolhido e exonerado livremente do Presidente.²⁸ E é nesse sentido que se situam os autores que se alinham à segunda explicação para o surgimento da mencionada Emenda Constitucional.

O Ato Institucional nº 2 foi editado em 1965 sob o argumento de que era preciso resolver a crise no STF diante do excesso de demandas²⁹ e, além de promover a aposentadoria

²³ *Ibid.*, p. 121.

²⁴ *Ibid.*, p. 122.

²⁵ CÂMARA, op. cit., p. 124-129.

²⁶ BRANDÃO, Rodrigo; CAPECCHI, Daniel. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 01, p. 164-196, 2018, 167.

²⁷ CÂMARA, op. cit., p. 147.

²⁸ *Ibid.*, p. 165.

²⁹ *Ibid.*, p. 130.

compulsória de três membros do Tribunal, aumentou o número total de ministros de onze para dezesseis ministros. Apesar de haver entendimento no sentido de que as mudanças teriam tido eficácia reduzida em virtude da designação dos novos ministros para turmas distintas, por via regimental, e da existência de relações anteriores entre estes e aqueles que já ocupavam cadeira no Tribunal³⁰, fato é que o AI-2 promoveu um empacotamento do Tribunal e foi aprovado em um contexto de instabilidade institucional, marcado pelo controle que o Poder Executivo exercia sobre os demais naquele contexto de exceção.³¹ Assim, há quem entenda que a criação da representação de inconstitucionalidade seria uma das diversas medidas que promoveram esse estado de submissão entre Poderes.

Sendo assim, ainda que seja possível reconhecer que havia uma necessidade de tornar a atuação do STF mais compatível com a sua estrutura e processo de deliberação, alguns autores entendem que tal urgência foi instrumentalizada para promoção do controle da atuação do Poder Judiciário.³² Nesse sentido, aponta-se que a aplicabilidade da representação de inconstitucionalidade se deu especialmente após a aprovação da Constituição de 1967³³ e que a maioria dos casos dizia respeito a criação de municípios³⁴, poucos envolviam leis federais.³⁵ Além disso, em diversas ações foi admitida a participação de terceiros no processo, especialmente servidores na área da segurança pública e no sistema de justiça, destacando-se que a intervenção surge especialmente vinculada a interesses econômicos e corporativistas e não no sentido de democratização da corte, o que certamente está relacionado ao regime político vigente.³⁶ Esse dado é importante, na medida em que permite identificar que a gênese do acesso da sociedade civil ao Supremo Tribunal Federal é marcada pela desigualdade entre associações que possuíam interesses predominantemente econômicos e profissionais e formas de organização de pessoas que visavam projetar no Supremo Tribunal Federal as suas demandas por direitos humanos, sendo evidente que a ausência ou permeabilização social seletiva do STF se relacionava ao contexto político da época, mas não pode ser observada apenas do ponto de vista contextual, o que ficará mais evidente ao longo da elaboração do trabalho.

³⁰ *Ibid.*, p. 134.

³¹ BRANDÃO; CAPECCHI, *op. cit.*, p. 167.

³² *Ibid.*, p. 168.

³³ CÂMARA, *op. cit.*, p. 173.

³⁴ *Ibid.*, p. 191.

³⁵ *Ibid.*, p. 227.

³⁶ *Ibid.*, p. 188-189.

Avançando mais um pouco na história, o fato de existir, nas Constituições de 1967 e 1969 e em atos institucionais, vedação expressa do controle jurisdicional dos atos praticados com base nesses diplomas legais não impediu que o STF fosse chamado a decidir sobre casos envolvendo essa modalidade normativa, de modo que havia uma postura de reconhecimento expresso de sua validade. Em contextos de excepcionalidade, o STF era chamado para decidir sobre questões que envolviam direito e política, de modo que o seu posicionamento tendia à conservação da situação política, seja porque, na maioria das vezes, sequer decidia, com fundamento na perda do objeto abrangido pela demanda, ou porque, quando o mérito era enfrentado, havia uma opção no sentido de não questionar os atos políticos.³⁷

A respeito do Ato Institucional nº 5, destacam-se a suspensão de garantias legais de juízes, do *habeas corpus* nos casos que envolvessem crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, além da exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário de atos de suspensão de direitos políticos e praticados com base no ato institucional e complementares. Além disso, decreto editado com fundamento no referido Ato Institucional promoveu a aposentadoria de três ministros, apontando-se que a aposentadoria teve relação com os presidentes que o indicaram. Destaca-se, neste momento, a existência, entre ministros do Supremo Tribunal Federal, de uma atmosfera de despolitização das circunstâncias nas quais essa medida de aposentadoria foi tomada.³⁸

Levando em conta as exposições realizadas até o presente momento, parte da bibliografia que trata sobre a atuação do Poder Judiciário até o final da ditadura militar e a aprovação da Constituinte de 1988 tem a tendência de considerar que a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos fundamentais não é verdadeiramente importante, isto é, de grande destaque, e que o exercício das suas competências ocorre de maneira flutuante ou neutra. Isso em razão de alguns elementos que permearam a atuação do Tribunal, entre eles, a luta pelo fortalecimento de sua independência e de garantias institucionais. Ressalta-se, ainda, a contradição entre a imposição de medidas do Poder Executivo e Legislativo que tentavam blindar o STF do julgamento de questões políticas e a existência de contextos nos quais, por meio da aplicação das modalidades normativas e da Constituição, atuou como órgão legitimador da atuação dos demais Poderes.

Assim, há um consenso no sentido de que é importante que haja o fortalecimento da independência dos tribunais superiores e de toda estrutura organizacional do Poder Judiciário

³⁷ Ibid., p. 83-85.

³⁸ Ibid., p. 144.

para que não estejam à mercê das disputas e interesses dos demais Poderes. Porém não se pode afirmar que eventual inércia ou condescendência do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes e às hierarquias sociais, raciais e de gênero é apenas consequência da ausência de sua independência, ainda que este seja um elemento limitador da atuação de seus membros. Ainda que todas as garantias para o seu fortalecimento institucional estejam previstas na Constituição e sejam implementadas no plano concreto, é certo que existem outros fatores que fizeram e fazem com que o Supremo Tribunal Federal seja um órgão que reproduz discursos hegemônicos e hierarquias de poder, tornando-se essencial que esses fatores sejam explicitados para que haja a sua transformação institucional progressiva e efetiva.

Nos próximos itens serão abordadas as mudanças no contexto político nacional e internacional a partir da redemocratização que, segundo a doutrina tradicional, oportunizaram uma reconfiguração na relação entre os poderes e na atuação que cada um deles veio a exercer na proteção de direitos fundamentais. Antes de avaliar essas mudanças, porém, cabe resgatar alguns fundamentos históricos do modelo atual de controle de constitucionalidade, para que seja possível perceber suas continuidades, transformações e ruídos no cenário atual.

1.2. Ascensão do Poder Judiciário após a redemocratização e discussões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional

As bases da origem do modelo atual de controle de constitucionalidade, segundo Gargarella, remontam aos Estados Unidos do século XVIII. Para analisar os fundamentos históricos da falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, o autor parte da análise das razões políticas e sociais que antecedem e se atrelam aos primórdios da organização da magistratura naquele país. O autor destaca que a independência dos Estados Unidos levou à formação de uma classe de devedores, em razão da intensificação do empobrecimento e endividamento de pequenos camponeses que haviam participado da luta com a Inglaterra. Esse cenário fez com que se mobilizassem para melhorar sua situação, já que muitos foram obrigados a vender seus bens, levados a prisão ou retirados da propriedade que possuíam. Assim, nos anos de 1780, surgiram os primeiros embates entre o Poder Judiciário e os cidadãos, que se utilizavam, por exemplo, de estratégias de obstrução a reuniões dos tribunais,

o que, em alguns estados, como Springfield, levou ao envio de tropas nacionais para frear as mobilizações.³⁹

Se, desde a Revolução Americana, em 1776, organizações populares exerciam forte pressão sobre assembleias legislativas estaduais⁴⁰, as consequências desses movimentos, que visavam a criação de instrumentos que permitissem a superação do endividamento após a independência dos Estados Unidos, se projetaram nos anos e tiveram por consequência o fato de que, para evitar levantes populares, legisladores locais começaram a acolher as demandas de camponeses e devedores por meio da autorização para emissão de moedas e imposição de multas aos credores que se recusassem a aceita-las. Acostumados a lidar com legislaturas passivas e disciplinadas, a classe dominante composta por políticos, comerciantes e grandes proprietários assistiu ao rompimento do esquema de governança a nível local, surgindo, assim, a base para uma reação contra assembleias legislativas estaduais, que passaram a ser consideradas como instrumentos à serviço da tirania e do “despotismo do Legislativo”.⁴¹

A reação da classe dominante entre 1780-1786 levou ao desenvolvimento de uma nova concepção de como a política deveria funcionar, pautada na premissa descritiva de que assembleias legislativas tendiam a atuar de forma imprudente, razão pela qual se fazia necessária à sua limitação. A partir deste momento começam a ser produzidos os pressupostos filosóficos que deram sentido à necessidade de desenvolvimento da organização judiciária.

A investida teórica contra assembleias estaduais se apoiou, segundo Gargarella, em dois fundamentos principais. O primeiro deles, utilizado em alguns momentos por Alexander Hamilton, em *O Federalista*, diz respeito à noção de que haveria princípios verdadeiros que não poderiam ser captados pela cidadania comum, seja pela desordem natural de organizações coletivas, por defeito dos órgãos perceptivos ou influência de preconceitos, paixões ou interesses no âmbito de agrupamentos. O segundo fundamento apontado pelo autor, presente nas ideias de Alexander Hamilton e James Madison ao longo de *O Federalista*, consiste na percepção de que maiorias políticas tendem à irracionalidade, seja em razão da possibilidade de a pluralidade de opiniões e sentimentos desvirtuarem e empobrecerem as discussões, ou porque há maiores chances de existirem mais membros com informações e capacidades limitadas. Essas noções foram reforçadas pelas ideias de que as maiorias políticas podem ser mais facilmente capturadas por demagogos, levadas a se concentrarem apenas nos benefícios

³⁹ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 40.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 36.

⁴¹ *Ibid.*, p. 41.

de curto prazo ou influenciadas pelos interesses exclusivamente locais ou parciais, se afastando dos interesses da nação.⁴²

Gargarella destaca, assim, a teoria sobre o comportamento da maioria legislativa, formulada por James Madison, a partir da noção de comportamentos facciosos ou atos de facções, que seriam aquelas ações que os indivíduos não teriam coragem de praticar individualmente, mas fariam em conjunto, motivados pelo impulso de uma paixão comum, e que poderiam ir na contramão de direitos de outros cidadãos ou interesses da comunidade considerada como um todo. Para James Madison, os traços mais comuns do sistema político eram a mutabilidade, multiplicidade e injustiça das leis, noção desenvolvida a partir da ideia de que comportamentos facciosos eram inevitáveis em assembleias legislativas. Roberto Gargarella aponta que, ainda que comportamentos facciosos pudessem ser encontrados em minorias ou majorias, na teoria desenvolvida por James Madison não é possível encontrar uma preocupação com a possibilidade de opressão por minorias, até porque, segundo o próprio autor, a tirania de minorias poderia ser derrotada por meio do voto majoritário. Nesse sentido, o Poder Judiciário começa a aparecer como um instrumento institucional de limitação das assembleias legislativas para a proteção das minorias.⁴³ No entanto, até aqui já foi possível perceber que, naquela época, autores como James Madison utilizavam o termo “minorias” para se referir aos grandes proprietários e a grupos dominantes no poder. Em diversos momentos, nas discussões de assembleias constituintes dos Estados Unidos no século XVIII, eram feitas referências explícitas que consideravam os mais favorecidos socialmente como grupo minoritário.⁴⁴

Considerando essas ideias, diversos juristas defendiam a necessidade da construção de instrumentos que permitissem a mesma capacidade de influência no sistema político entre o setor majoritário e os mais favorecidos. Daí advém a racionalidade do sistema de freios e contrapesos: a ideia de um sistema institucional que estabelecesse diferentes áreas de poder, que, embora separadas, pudessem exercer controle umas sobre as outras, impedindo excessos e garantindo que eventuais conflitos sociais pudessem ser institucionalmente contidos.⁴⁵ Assim, se de um lado a Câmara dos Deputados representava os interesses da cidadania comum, dois instrumentos foram destacados para permitir a representação de minorias: eleições indiretas e extensos distritos eleitorais. Este impediria o surgimento de políticos

⁴² Ibid., p. 45-46.

⁴³ Ibid., p. 49.

⁴⁴ Ibid., p. 51.

⁴⁵ Ibid., p. 52-53.

muito dependentes de seus constituintes e apegados a interesses locais. Além disso, outros elementos como idade avançada, estudos e quantidade mínimo de imóveis foram apontados para garantir a representação dos ricos.⁴⁶

Considerando as ideias expostas, percebe-se que houve uma preocupação acentuada em justificar teoricamente uma desconfiança generalizada em relação ao Legislativo, o que, como foi possível constatar, teve apoio nas noções de comportamentos facciosos e no recurso à referência de grupos dominantes como minorias, tendo em vista a relação entre assembleias estaduais e pequenos proprietários ou camponeses, que se mobilizavam para assediar e pressionar aquelas. Na medida em que essas ideias eram difundidas, também se consolidava o discurso de que assembleias estaduais deveriam ser limitadas e que minorias deveriam ter sua representação garantida no plano da separação de poderes. Daí a importância da contribuição de Roberto Gargarella ao investigar como foram definidas as funções do Poder Judiciário e como se deu o processo que o levou a atingir a importância que possui atualmente.

O autor destaca que, desde a Convenção Nacional Constituinte, a necessidade de limitação externa das assembleias legislativas aparecia nas discussões sobre o papel que deveria ser conferido ao Poder Judiciário, cujos juízes eram considerados como integrantes de um grupo seletivo e confiável, em razão da forma de eleição, da estabilidade, do isolamento de processos eleitorais e do grau de instrução relacionado à educação formal. Essa noção influenciou os debates dos planos de reforma institucional e, em um deles, o Plano Virgínia, a criação de um Poder Judiciário nacional foi idealizada como um dos mecanismos de contenção do Poder Legislativo.⁴⁷

Gargarella aponta que uma das produções mais importantes a respeito do Poder Judiciário foi O Federalista, que tinha por finalidade convencer o eleitorado de Nova Iorque sobre a importância da ratificação da Constituição. Conforme já sinalizado, as opiniões sobre o Poder Judiciário que possuem mais relevo, segundo Gargarella, são as de James Madison e Alexander Hamilton. Para o primeiro, os juízes deveriam ser conhecidos apenas por fração do povo, o que não comprometeria a sua imparcialidade, dada a forma de nomeação e a própria natureza das atividades a serem desenvolvidas, que provocariam um distanciamento natural em relação à população. A partir da leitura dos escritos de Alexander Hamilton aparecem as noções de que o fortalecimento da independência judicial é importante para o exercício da

⁴⁶ Ibid., p. 55.

⁴⁷ Ibid., p. 56-57.

função de proteção dos direitos individuais e da Constituição e de que a magistratura é um órgão intermediário entre o povo, criador da Constituição, e o Poder Legislativo.⁴⁸

A criação dos tribunais federais de primeira instância ocorreu com a aprovação da primeira lei sobre organização do Poder Judiciário, após a aprovação da Constituição, afastando-se a competência dos tribunais estaduais para decidir sobre questões federais, e a fixação da competência da Supremo Corte para julgar ações cíveis envolvendo o Estado e em matéria de estrangeiros, bem como recursos envolvendo normas locais que fossem contrários à Constituição. Assim, antes mesmo do caso *Marbury vs. Madison* já haviam diversos casos envolvendo a constitucionalidade das leis, muitos, inclusive, nos quais havia o reconhecimento e reafirmação da supremacia da Constituição.⁴⁹ Nesse sentido, destaca-se que o controle de constitucionalidade é um dos institutos mais importantes do constitucionalismo moderno no que diz respeito à experiência dos Estados Unidos e a sua criação, tendo em vista a ausência de previsão expressa no texto constitucional, se deu especialmente em razão da construção jurisprudencial da Suprema Corte.⁵⁰ E é sobre o princípio da supremacia constitucional que se assenta todo o constitucionalismo contemporâneo.⁵¹

Segundo Barroso, o direito constitucional contemporâneo se desenvolve na Europa continental, principalmente na Itália e na Alemanha, a partir da segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial.⁵² O seu florescimento, no Brasil, se deu com a redemocratização e a aprovação da Constituição da República de 1988, que, de certa forma, consolidaram a formação do Estado Constitucional de Direito no país. Isso significa dizer que, no plano internacional e nacional, esses momentos se caracterizaram pelo fortalecimento de um sentimento constitucional significativo, isto é, do respeito e reconhecimento da importância da Constituição para a promoção da democracia em contraposição ao autoritarismo que deixaram marcas profundas de intolerância e ódio.

Além disso, o direito constitucional contemporâneo tem como marco filosófico o pós-positivismo. Em oposição ao positivismo jurídico formalista-legalista, que reduziu o direito à lei, a escola ou teoria pós-positivista propõe a aproximação entre Direito e ética e,

⁴⁸ *Ibid.*, p. 59-60.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book].

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Idem*. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006, p. 2-3.

nesse sentido, promove a reinserção de valores morais no âmbito do direito e atribui normatividade aos princípios.⁵³

Já o marco teórico refere-se ao reconhecimento de força normativa à Constituição, ou seja, o reconhecimento da efetividade das normas ali inseridas, que não são meras formalidades ou somente congregam os fundamentos do Estado, mas devem incidir sobre a realidade concreta, com eficácia máxima. Ademais, ao neoconstitucionalismo se relaciona a expansão da jurisdição constitucional⁵⁴ e uma nova dogmática da interpretação das normas constitucionais. Isso significa dizer que, em oposição à interpretação tradicional, assentada no processo de subsunção de determinado contexto fático à norma, a interpretação jurídica passa a ser compreendida também como um modo de criação da norma, atuando o intérprete como coparticipante desse processo.⁵⁵

Ocorre que, devido à força normativa e supremacia da Constituição em relação às demais normas e codificações, os valores e normas constitucionais se irradiam por todo o sistema jurídico. Este fenômeno, denominado de constitucionalização do direito⁵⁶, é potencializado, é claro, pela presença no texto constitucional de diversas matérias que poderiam ser, e são, objeto de atividade legislativa infraconstitucional e tem como consequência um novo paradigma de interpretação, caracterizado pelo processo de filtragem constitucional, isto é, de releitura e aplicação das normas infraconstitucionais segundo os valores, princípios e regras contidos na Constituição.⁵⁷

Nesse sentido, é importante resgatar a diferença entre o *judicial review*, de origem norte americana, e a jurisdição constitucional. Em linhas gerais, segundo Luís Roberto Barroso, o *judicial review* se refere tão somente à declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei incompatível com a Constituição, pela Suprema Corte. Já a jurisdição constitucional, mais ampla, diz respeito não apenas à declaração de inconstitucionalidade, mas à interpretação conforme a Constituição, à aplicabilidade imediata desta ou criação de normas para sanar a inconstitucionalidade por omissão.⁵⁸ Ou seja, outras técnicas que transcendem a manifestação sobre a validade ou não de determinada lei à luz das normas constitucionais.

⁵³ Ibid., p. 4.

⁵⁴ Ibid., p. 5-6.

⁵⁵ Ibid., p. 7-10.

⁵⁶ Ibid., p. 10-11.

⁵⁷ Ibid., p. 15-16.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018, p. 2196.

Todo o arcabouço teórico apresentado pelo autor conduz à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais vinculados Poder Judiciário passaram a exercer um papel institucional e político de maior projeção proferindo decisões sobre questões relevantes relativas à vida cotidiana das pessoas, à cidadania e para a política brasileira. Essas ideias que demonstram a ascensão do Poder Judiciário e outras noções a elas relacionadas serão apresentadas com maior profundidade no terceiro item deste capítulo.

Por ora, destaca-se que considerando o relevo que os tribunais superiores ganharam no cenário político em diversos países do mundo e as discussões sobre o conteúdo e efetividade da Constituição, algumas teorias surgiram com a finalidade de analisar o papel da Constituição e os limites da jurisdição constitucional. Ao tratar sobre algumas teorias oriundas da filosofia política que buscam compreender o fenômeno constitucional, Daniel Sarmiento destaca um debate especialmente relevante para o objeto deste capítulo, uma discussão que é protagonizada por autores próximos a duas concepções teóricas conhecidas como procedimentais e substancialistas.

As teorias procedimentais consideram que a função da Constituição é conservar apenas normas capazes de assegurar a realização e funcionamento da democracia. Nesse sentido, valorizam o papel instrumental da Constituição no sentido de regular competências e prever condições para o processo deliberativo democrático, em termos de participação e tomada de decisão.⁵⁹ Entendem os procedimentalistas que a Constituição não deve conservar decisões de natureza política ou moral, em virtude da possibilidade de que tal previsão impossibilite ou restrinja a deliberação futura a respeito de determinados assuntos, o que por si só seria antidemocrático. Ou seja, para essas concepções que se aproximam do procedimentalismo a função da Constituição é definir as regras do jogo político e, com isso, garantir a preservação da democracia.⁶⁰ Por outro lado, os adeptos do eixo substancialista entendem que a Constituição não deve ser apenas um instrumento que assegura os mecanismos de participação democrática, mas também preservar decisões, direitos e valores substantivos.

Esse debate se projeta sobre o modo de interpretação da Constituição. Juristas que se aproximam da corrente procedimentalista defendem uma postura mais autocontida do intérprete, apenas diante de controvérsias que digam respeito à garantia das regras do jogo político democrático. Já o substancialismo leva ao reconhecimento da possibilidade de

⁵⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalhos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, [e-book].

⁶⁰ Ibid.

aplicação e interpretação da Constituição de uma maneira mais abrangente, buscando-se nela soluções para grandes controvérsias.⁶¹

Sendo assim, além do papel da Constituição, essas teorias se manifestam também no debate sobre os limites e função da jurisdição constitucional. Porquanto os procedimentalistas defendem um papel mais contido da jurisdição constitucional, limitado a situações que envolvam a proteção dos pressupostos do funcionamento da democracia, os substancialistas entendem que a jurisdição constitucional deve ter um papel mais ativo na proteção de direitos e garantias e valores previstos na Constituição, ainda que a controvérsia não envolva especificamente valores ou pressupostos essenciais democráticos.⁶²

Ao longo deste item, foi apresentado brevemente o processo que, segundo Roberto Gargarella, expressa o conservadorismo e elitismo presente nas origens do controle das leis pelo Judiciário, considerando o contexto dos Estados Unidos. Essa percepção é importante e infelizmente na maioria das vezes foge aos debates e exposições que surgem em sala de aula, ao menos em nível de graduação, sobre o constitucionalismo moderno em uma perspectiva comparada. Seja por opção deliberada ou dificuldade de sistematização de um conteúdo amplo, essa realidade se junta a diversos elementos que permitem a propagação de uma noção evolucionista ingênua a respeito da função exercida pelo Poder Judiciário. Propagação que ocorre não apenas no âmbito das salas de aula, mas em eventos oficiais e em produções escritas de natureza acadêmica.

Curioso que, apesar do esforço evidente, nos ambientes acadêmicos, de resgate às origens do constitucionalismo moderno desde as revoluções liberais e à importância do sistema de *judicial review* a partir do século XVIII, não haja uma preocupação com o aprofundamento pontual dessas bases elitistas. Ainda que o conhecimento de história geral já sirva para que haja um processo cognitivo individual de lembrança da subjugação e exclusão histórica de homens e mulheres negras e lgbs, por exemplo, e seja suficiente para subtender o caráter excludente das origens do modelo de controle de constitucionalidade atual, perde-se a possibilidade de ampliação de reflexões críticas essenciais e que contribuiriam para a compreensão mais ampla sobre as continuidades e rupturas ao longo do desenvolvimento do Poder Judiciário e dos instrumentos construídos ao longo do constitucionalismo, na contramão de uma marcha de naturalização decorrente da repetição de fatos históricos, que

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

possui nítido cunho evolucionista e possibilita que, em alguns casos, haja uma sobreposição, inocente ou não, do presente em relação ao passado.

Além disso, foram apresentadas, ainda, as diferenças básicas entre as teorias substancialistas e procedimentalistas, cujo debate permite sopesar as perspectivas diversas sobre o sentido de democracia e sobre a postura que os Tribunais Constitucionais devem possuir em relação ao alcance de suas atribuições. Considerando essas noções, no próximo item, o presente trabalho se ocupa do desenvolvimento da teoria sobre as funções do Supremo Tribunal Federal de Luís Roberto Barroso. De antemão, destaca-se que o autor, antes de expor os papéis do tribunal no exercício da jurisdição constitucional, se preocupa em delinear os marcos e concepções teóricas que fundamentam a sua análise sobre a atuação do STF e do Poder Judiciário no constitucionalismo contemporâneo. No presente trabalho, optou-se pela exposição desse panorama geral, com a finalidade de reproduzir as ideias do autor.

1.3. Os papéis do Supremo Tribunal Federal no direito constitucional contemporâneo

O recorte da análise das funções do Supremo Tribunal Federal à produção teórica de Luís Roberto Barroso decorre do fato de que este representa um certo movimento que se ampliou nos últimos anos no direito constitucional de legitimação da jurisdição constitucional. Ao analisar as obras do autor, Christian Lynch e José Vicente de Mendonça destacam que Luís Roberto Barroso apresenta uma proposta de ruptura, que seria proporcionada pela doutrina da efetividade, para garantir a transição entre a antiga teoria constitucional para o “verdadeiro constitucionalismo”⁶³. Vai na linha, assim, de um movimento que, no Brasil, fez com o que o neoconstitucionalismo se afirmasse por meio de uma negação não apenas do constitucionalismo durante a ditadura militar, mas de toda a história constitucional brasileira.

Para Luís Roberto Barroso, o Poder Judiciário exerce três funções. A função contramajoritária seria exercida quando os tribunais constitucionais ora tomam decisões que se opõem à maioria em razão do conteúdo da Constituição ora anulam atos normativos porque contrariam procedimentos previstos na Constituição ou as condições desse procedimento. Por outro lado, exerceria um papel representativo quando é a via pela qual as demandas das majorias que não são ouvidas pelo Poder Legislativo são acolhidas. Por fim, o papel

⁶³ LYNCH, Christian; MENDONÇA, José Vicente. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 02, p. 974-1007, 2017, p. 983.

iluminista do juiz constitucional no Brasil seria o de “empurrar a história”, de onde é possível extrair a percepção de Christian Lynch e José Vicente de Mendonça, no sentido de que a doutrina da efetividade desenvolvida por Barroso vem no sentido de que “superar o passado é condição para o futuro”⁶⁴, revelando uma dimensão essencialmente filosófica e anti-histórica assumida pelo neoconstitucionalismo brasileiro. Segundo os autores, a função científica da história constitucional brasileira deve ser a de explicitar de que maneira a mutabilidade do constitucionalismo e da noção de Constituição se relacionam com o desenvolvimento social e político das sociedades.⁶⁵ Mas não é essa postura que os intelectuais brasileiros têm assumido, representando Barroso uma figura relevante dentro desse movimento. Sendo assim, a seguir serão apresentadas as concepções do autor que traduzem o desenvolvimento de sua teoria a respeito dos papéis do Supremo Tribunal Federal.

Para Luís Roberto Barroso, o constitucionalismo brasileiro e todas as questões que serão apresentadas adiante precisam ser compreendidas a partir de uma perspectiva mais ampla, segundo a qual o constitucionalismo desenvolvido no país é fortemente influenciado pelo constitucionalismo global, ainda que tenha as suas especificidades por ocasião da configuração política, social e econômica nacional. Assim, o constitucionalismo global pode ser definido como um projeto global que promove a circulação de ideias constitucionais, o discurso de proteção e universalização dos direitos fundamentais e é caracterizado pelo fortalecimento de tribunais cuja competência exclusiva ou primordial envolve a aplicação e interpretação de normas constitucionais.⁶⁶

Nesse sentido, ressalta o autor que as primeiras Constituições escritas do mundo ensinaram modelos de constitucionalismo distintos.⁶⁷ O primeiro modelo ao qual o autor se refere diz respeito à tradição francesa. Na origem do constitucionalismo daquele país, imperava o postulado da supremacia do parlamento, desacompanhado da noção de controle de constitucionalidade das leis e de aplicação direta e imediata das normas constitucionais pelo Poder Judiciário, até porque à Constituição de 1791 foi atribuída uma dimensão, sobretudo, política.

Diferentemente, o modelo de constitucionalismo desenvolvido nos Estados Unidos pode ser atrelado ao reconhecimento da dimensão jurídica da Constituição de 1787. Conforme já apontado no presente trabalho, a partir dessa matriz é possível perceber noções ainda

⁶⁴ *Ibid.*, 1001.

⁶⁵ *Ibid.*, 1002.

⁶⁶ BARROSO, *op. cit.*, 2018, p. 2174.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 2175-2176.

embrionárias de supremacia constitucional e de aplicabilidade direta e imediata, que serviram de base para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade por órgãos do Poder Judiciário para invalidar atos incompatíveis com a Constituição. Essas noções foram fundamentais e prevaleceram na maioria dos países democráticos após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), destacando-se, ainda, a influência do pensamento de Hans Kelsen sobre a Constituição da Áustria de 1920, que estabeleceu um órgão específico para realizar o controle de constitucionalidade, separado da estrutura ordinária do Poder Judiciário e o estabelecimento, em 1951, do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Assim, na segunda metade do século XX, o Poder Judiciário passa a exercer um papel importante com relação à proteção de direitos fundamentais e à defesa do Estado Democrático de Direito, o que torna necessário o fortalecimento de sua independência institucional. É possível apontar, ainda, como um dos fatores que ocasionam a ascensão política e institucional do Poder Judiciário a crise de legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, que suscita uma desilusão generalizada e faz com que o Poder Judiciário se torne uma instância decisória relevante para a solução de casos difíceis e de questões consideradas polêmicas.⁶⁸ Essas ideias são atravessadas pela discussão sobre as fronteiras entre o direito e a política e se relacionam a dois fenômenos que causaram mal-estar àqueles que estavam presos ao modelo de separação de poderes concebido no constitucionalismo moderno.

Segundo Luís Roberto Barroso, o fenômeno que ficou conhecido como judicialização da vida também promove a ascensão do Poder Judiciário. Trata-se de expressão utilizada para definir um processo a partir do qual “questões relevantes do ponto de vista econômico, social, político ou moral passaram a ser decididas pelo Poder Judiciário”⁶⁹, o que ocorre especialmente em razão da configuração de um desenho institucional específico que impulsiona o acesso à justiça e torna necessária a intervenção de tribunais constitucionais para efetivar os direitos fundamentais que são amplamente previstos na Constituição. Trata-se, assim, de fenômeno mais comum em constituições analíticas e que ocasiona maior transferência de poder ao Poder Judiciário, a expansão da jurisdição constitucional e notadamente a valorização do discurso jurídico, em contraposição à linguagem parlamentar e o processo político convencional.⁷⁰

Além disso, o avanço da atuação do Poder Judiciário em relação à extensão dos direitos fundamentais e ao sentido das normas constitucionais, em contraposição a uma

⁶⁸ Ibid., p. 2177.

⁶⁹ Ibid., p. 2178.

⁷⁰ Ibid., p. 2180.

postura mais autocontida e de deferência com relação aos demais Poderes, levou a apropriação, no Brasil, do termo “ativismo judicial”, de origem norteamericana. Entre 1954 e 1969, em razão do desenvolvimento de uma jurisdição progressista por parte da Suprema Corte nos Estados Unidos, uma reação conservadora começou a se referir desta forma à atuação do órgão de cúpula do Poder Judiciário naquele país. Luís Roberto Barroso defende que o ativismo judicial é mais acentuado em cenários nos quais há dificuldades de aproximação da sociedade civil com a classe política e que, em alguns contextos, o Poder Judiciário interfere tão somente para preencher espaços vazios expandindo o conceito e alcance das normas constitucionais.⁷¹

Destaca, ainda, que o ativismo judicial pode provocar atuações ilegítimas, quando o intérprete, ao decidir, visa à satisfação de interesses e crenças individuais, mas também legítimas, quando atua na proteção de grupos de pessoas que são submetidas a condições de vulnerabilidade. Em razão da conotação negativa atribuída à expressão ativismo judicial, Luís Barroso entende que, apesar do ativismo judicial não conduzir necessariamente a uma atuação ilegítima do Poder Judiciário, “à vista do desgaste do termo ativismo, é boa hora para se encontrar um novo termo para identificar essa atuação judicial quando virtuosa e humanista”.⁷² Essa observação é importante, pois já neste momento percebe-se as razões dos esforços do autor no sentido de defender que o Supremo Tribunal Federal exerce ou poderia exercer um “papel iluminista”.

O próprio autor resgata críticas que surgem em razão da expansão da atuação do Poder Judiciário e de sua ascensão institucional e política. A primeira delas seria de cunho ideológico, segundo a qual o Poder Judiciário seria uma instância historicamente conservadora, de modo que a judicialização aparece como um mecanismo de reação das elites à democratização no âmbito da política majoritária. A segunda crítica se relaciona às dificuldades que o Poder Judiciário teria de lidar casos envolvendo questões técnicas de alta complexidade, de modo que, diante desses julgamentos, as limitações das capacidades institucionais dos tribunais seriam evidentes. Por fim, entende-se que o acesso ao mundo jurídico é limitado, em razão das formalidades e dos custos que envolvem a abertura institucional dos tribunais.⁷³

Dialogando com essas críticas, Luís Roberto Barroso destaca que o Poder Judiciário é um espaço de legitimação discursiva que convive com a legitimação majoritária,

⁷¹ Ibid., p. 2181-2182.

⁷² Ibid., p. 2183.

⁷³ Ibid., p. 2185.

sustentando a sua importância em democracias recentes que convivem com a fragilidade do sistema representativo, de modo que a “atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia”⁷⁴, pois deve servir à garantia dos direitos fundamentais e os procedimentos do jogo democrático. Quando não houver ameaça a nenhum dos dois, Luís Barroso entende que o Poder Judiciário deve reconhecer a legitimidade das escolhas legislativas e discricionariedade do administrador, considerando, ainda, as capacidades institucionais dos demais Poderes.

Além disso, ressalta que “o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser formalmente do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo”. Nesse sentido, para Luís Roberto Barroso, o Poder Judiciário, notadamente tribunais constitucionais, devem atuar como um espaço de diálogo entre a esfera pública e o Poder Legislativo, incorporando as vozes de atores distintos, como a de movimentos sociais, que atuam a partir de lógicas e instrumentos diferentes, visando o cumprimento da Constituição. Segundo a sua perspectiva⁷⁵:

não parece sustentável – ou, pelo menos, não será universalizável – a crítica de que os tribunais sejam necessariamente porta-vozes das elites. Em muitos casos, têm eles avançado direitos fundamentais de negros, mulheres, gays e desfavorecidos, inclusive direitos econômicos e sociais, sendo que, em alguns países, por motivos diversos, o Judiciário é mais progressista do que o Legislativo.

Ao tratar sobre a relação entre direito e política, Luís Roberto Barroso problematiza a concepção tradicional, que reserva à política os princípios da soberania popular e a vontade majoritária e ao direito a lei e a razão e que, no plano da aplicação do direito, pretende a sua separação da esfera política. A visão formalista tradicional influencia, assim, a concepção tradicional, que se apoia na crença da completude do direito e considera que a interpretação judicial é processo mecânico que visa a concretização da vontade majoritária através da aplicação de critérios e princípios próprios do direito e de uma postura neutra do intérprete.⁷⁶

O autor defende que “os tribunais desempenham um papel importante na vida democrática, mas não o principal”⁷⁷ e problematiza as ideias oriundas da concepção tradicional a partir da exposição do que denomina de “modelo real”. Existem inúmeras razões retiradas a objetividade plena do direito, tais como as repercussões que decisões judiciais geram na esfera política, a subjetividade de juízes que se projetam e influenciam as decisões,

⁷⁴ Ibid., p. 2186.

⁷⁵ Ibid., p. 2188.

⁷⁶ Ibid., p. 2189.

⁷⁷ Ibid., p. 2190.

o que é possível tendo em vista a vagueza do texto normativo, a necessidade de realização da ponderação de normas que conflitam entre si, ou, ainda, os desacordos morais sobre determinadas questões e os denominados casos difíceis, que não possuem solução pronta no ordenamento jurídico e evocam a necessidade de uma construção lógica através da argumentação jurídica do intérprete. Aliás, no julgamento de casos difíceis, a argumentação jurídica se torna parâmetro de legitimação de decisões jurídicas junto a demonstração da racionalidade e adequação aos preceitos constitucionais do intérprete ao decidir.⁷⁸

Há diversas teorias que visam explicitar os fatores que influenciam as decisões judiciais, de cunho legalista, ideológico e institucional. Porém, apesar de todas essas influências, o autor defende que o direito possui grau de autonomia acentuado e que é necessário substituir os esforços empregados para a defesa da separação absoluta entre direito e política pela busca da preservação, em alguma medida, das especificidades de cada um desses universos.⁷⁹ Considerando todas essas reflexões, o autor passa a analisar os papéis dos tribunais constitucionais e de cortes supremas.

Os Poderes legislativo e Executivo são instâncias cujos membros exercem as suas funções por meio de um mandato representativo após intervenção popular no sistema eleitoral por meio do voto. Sendo assim, entende-se que o produto de sua atividade carrega uma legitimidade democrática amparada pela vontade majoritária, de modo que, se um tribunal constitucional, ao longo do processo de interpretação e aplicação das normas e valores constitucionais, declara a incompatibilidade entre um ato normativo emanado pelo Poder Legislativo e a Constituição, atua, em alguma medida, contra a vontade majoritária. Ou seja, ao exercer o controle de constitucionalidade e, portanto, invalidar atos normativos oriundos do Poder Legislativo ou Executivo, cortes supremas e tribunais constitucionais enfrentariam o que denomina-se de dificuldade contramajoritária.⁸⁰

Resgatando noções de Ronald Dworkin, Luís Roberto Barroso entende que o Poder Judiciário pode ser o guardião das promessas constitucionais e um fórum de princípios, cujos membros não dependem do voto eleitoral. Nesse sentido, para o autor, quando os direitos fundamentais ou as regras do jogo democrático não estiverem em jogo, em regra, o Poder Judiciário deve ser sempre deferente em relação aos demais poderes.⁸¹ Porém, quando atuam em sua defesa, tribunais constitucionais possuem legitimidade democrática no exercício de

⁷⁸ Ibid., p. 2193.

⁷⁹ Ibid., p. 2195.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, p. 24-50, 2015, p. 36.

⁸¹ Idem, op. cit., 2018, p. 2174.

seu papel contramajoritário. Isso porque, de acordo com o autor, além de incorporar uma dimensão procedimental, a democracia também possui uma dimensão substantiva, relativa à incorporação de valores constitucionais⁸²:

que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política. Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios — isto é, de valores constitucionais, e não de política — e de razão pública — isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate. Seus membros não dependem do processo eleitoral e suas decisões têm de fornecer argumentos normativos e racionais que a suportem.

Além disso, destaca Luís Roberto Barroso que é possível que o Poder Legislativo não expresse o interesse popular, em razão, por exemplo, da fragmentação das regras que regem o sistema eleitoral e partidário ou por ocasião de disfunções geradas pelo afastamento entre a população e parlamentares eleitos.⁸³ Assim, diante desse cenário, o Poder Judiciário poderia se tornar uma instância apta a representar a vontade majoritária, seja pela garantia de vitaliciedade que difere de uma lógica de atuação pautada pelo prazo do mandato eleitoral, pela possibilidade de limitação da discricionariedade dos juízes ante a necessidade de motivação das decisões judiciais, pela investidura através de concurso público ou em razão, ainda, dos princípios da congruência e da inércia: segundo este, só poderá atuar se provocado pelas partes, segundo aquele, deve apreciar o pedido exatamente na medida de sua proporção.⁸⁴ Eis o papel representativo.

Para o autor, conforme já apontado no presente trabalho, a democracia possui uma dimensão representativa, que traduz, segundo a visão tradicional, o seu aspecto puramente majoritário e a legitimação eleitoral do poder. Contudo, o regime democrático não se legitima não apenas por votos, mas também por argumentos. Essa noção pode ser extraída da compreensão de democracia deliberativa⁸⁵:

Cabe retomar a ideia de democracia deliberativa, que se funda, precisamente, em uma legitimação discursiva: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as razões das opções feitas, por isso tem-se afirmado, anteriormente, que a democracia contemporânea é feita de votos e argumentos. Um insight importante nesse domínio é fornecido pelo

⁸² BARROSO, op. cit., 2015, p. 37-38.

⁸³ Ibid., p. 39.

⁸⁴ Ibid., p. 40.

⁸⁵ Ibid., p. 40-41.

jusfilósofo alemão Robert Alexy, que se refere à corte constitucional como representante argumentativo da sociedade. Segundo ele, a única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como uma representação popular. Pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos. O constitucionalismo democrático possui legitimação discursiva, que é projeto de institucionalização da razão e da correção.

Assim, a democracia deliberativa demanda a necessidade de debate público contínuo, do oferecimento de razões que informem o convencimento das pessoas.⁸⁶ Esse entendimento agregado à desconstrução da premissa sobre a qual se assenta a doutrina da dificuldade contramajoritária (já que as decisões de poderes representativos podem não expressar a vontade da maioria, em razão do déficit democrático de representação política dos poderes eleitos), constroem a noção de papel representativo.⁸⁷

Duas observações são realizadas por Barroso. A primeira delas diz respeito ao fato de que, se decisões judiciais invalidam atos normativos de um Congresso Nacional que não refletem a vontade majoritária, então tribunais constitucionais não exercerão uma função contramajoritária, mas apenas contra legislativa. A segunda se refere ao fato de que é possível que supremas cortes se inclinem a determinadas posições majoritárias, ainda que não estejam submetidas a um mandato representativo ou à dinâmica do processo eleitoral.⁸⁸

Por fim, defende o autor que tribunais constitucionais podem exercer o papel de vanguarda iluminista, “encarregada de empurrar a história quando ela emperra”.⁸⁹ Para desenvolver esse pensamento, inicialmente Luís Roberto Barroso destaca que o iluminismo foi um movimento do século XVIII no qual a razão foi colocada como centro do pensamento, tendo por características, ainda, a preocupação com a necessidade de limitação do poder e a abertura de espaço para as revoluções liberais, o que propiciaria o advento da democracia.⁹⁰

Em razão dessas características, o autor se apropria da expressão “iluminismo” como “uma ideia associada à razão humanista, a direitos inalienáveis da condição humana, à tolerância, ao conhecimento científico, à separação entre Estado e religião e ao avanço da história rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas”.⁹¹ Assim, destaca que o uso do termo está associado ao respeito e promoção do pluralismo, à proteção de todos no que concerne à sua dignidade humana, sem a pretensão de imposição de valores.

⁸⁶ BARROSO, op. cit., 2018, p. 2200.

⁸⁷ Ibid., p. 2201-2202.

⁸⁸ Ibid., p. 2203.

⁸⁹ BARROSO, op. cit., 2015, p. 42.

⁹⁰ Idem, op. cit., 2018, p. 2207.

⁹¹ Ibid., p. 2208.

Ressalta, ainda, que a Constituição é um documento político que congrega a vontade majoritária e uma razão iluminista, de modo que, às vezes, em razão de um bloqueio institucional generalizado, poderiam ministros de tribunais constitucionais atuar como verdadeiros “agentes da história”⁹², promovendo avanços civilizatórios. O papel iluminista, para o autor, não anula o esforço de persuasão e convencimento racional, nem tampouco permite uma imposição de valores. Trata-se, segundo o autor, de defender uma atuação pautada na abertura ao pluralismo e na promoção da dignidade de todos, sinalizando que, ainda que grandes avanços sejam decididos pelo Poder Judiciário, a luta por direitos e avanços também deverá ser permanente no âmbito do Poder Legislativo, até para evitar que a atuação legislativa promova retrocessos em questões que já foram decididas através de decisões judiciais.

Nesse sentido, afirma o autor que nenhum dos papéis destacados pode ser revestido de legitimação *a priori*, sendo possível que uma atuação contramajoritária desenvolva uma ditadura do Poder Judiciário, que a função representativa ocasione certo populismo judicial e que o papel iluminista se traduza em verdadeiro atraso ou descompasso histórico.⁹³

A partir das noções apresentadas, indaga-se se a teoria produzida pelo autor seria mais descritiva de como o Supremo Tribunal Federal, de fato, atua ou se seria mais normativa ou prescritiva sobre como deveria atuar. De todo modo, questiona-se quais elementos institucionais, na prática, representam verdadeiros obstáculos à legitimidade do Supremo Tribunal Federal e ao desempenho do seu papel nas três dimensões apresentadas: contramajoritária, representativa e iluminista. Ademais, a partir da leitura dos artigos do autor que versam sobre o assunto, percebe-se que a defesa de um papel iluminista traduz uma postura mais otimista quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal. Indaga-se de que maneira o posicionamento teórico não revela, sobretudo, uma construção e sociabilidade que, do ponto de vista epistemológico, criam as implicações que serão analisadas adiante.

Neste capítulo, foi possível observar que o surgimento do Supremo Tribunal Federal, na primeira metade do século XIX, é relacionado à necessidade de criação de um sentimento de legitimidade do Poder Judiciário. O que se seguiu foi um cenário de forte influência da tradição portuguesa e eurocêntrica sobre a burocracia e formação intelectual dos juristas que ocupavam o espaço público naquele contexto histórico. No entanto, o discurso sobre “a crise do Supremo Tribunal Federal” ao longo do século XX, além de não englobar essa

⁹² Ibid., p. 2209.

⁹³ Ibid., p. 2217.

problemática, se ocupa especialmente da necessidade de redução das demandas que chegavam até o Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, destaca-se que, desde a primeira metade do século XX, a atuação do Supremo Tribunal Federal é marcada por soluções que permitiram a ampliação de suas garantias, predominando, porém, os esforços dos demais Poderes pela redução de suas competências.

Isso não permite afirmar, contudo, que o Supremo Tribunal Federal não decidia sobre questões envolvendo questões políticas, ainda que, em diversos momentos da história, lhe fossem impostos obstáculos para decidir sobre assuntos que interferissem na esfera de atuação dos demais Poderes. Foi possível perceber que, na maioria dos casos, o Tribunal funcionava como um Poder neutro a validar a atuação dos demais, verificando-se uma atmosfera de despolitização em que predominava a tendência de conservação da situação política.

O presente capítulo ressaltou, ainda, que o surgimento do controle de constitucionalidade abstrato está relacionado à criação da representação de inconstitucionalidade, na época da ditadura empresarial-militar, cuja legitimidade ativa para propositura era exclusiva do Procurador-Geral da República. Com o tempo, passou-se a admitir a intervenção de terceiros, que, porém, limitava-se a instituições corporativas e estatais, sendo possível identificar tão logo a ausência de permeabilidade social e democrática do Supremo Tribunal Federal, que seria justificada pelo autoritarismo da época.

A doutrina afirma que, com a promulgação da Constituição da República de 1988, inaugura-se um momento de fortalecimento institucional do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal. O constitucionalismo contemporâneo seria marcado, assim, pela atribuição de normatividade aos princípios, pelo reconhecimento de força normativa da Constituição e busca de sua máxima efetividade, pela inauguração de uma nova dogmática de interpretação e pela expansão da jurisdição constitucional. No âmbito da filosofia constitucional, amplia-se o debate entre procedimentalismo e substancialismo, situando-se Luís Roberto Barroso mais próximo a este lado do espectro de discussão. O autor possui diversas produções acadêmicas que tratam sobre as funções dos tribunais constitucionais a partir do final do século XX.

Para Luís Roberto Barroso, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter a capacidade de atuar como fórum de princípios e de razão pública possibilitaria o exercício da função contramajoritária para a defesa das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais de minorias. Além disso, diante da fragmentação da projeção da vontade majoritária nas esferas de representação política que se legitimam pelo voto, o Supremo Tribunal Federal teria a capacidade de exercer uma função representativa. Isso por conta da dimensão deliberativa da

democracia, que não se justifica apenas pelo voto, mas também discursivamente, por argumentos, ou seja, pela existência do debate público, livre, amplo e aberto. Diante do déficit de representação política de representantes eleitos, elementos como o dever de motivação das decisões judiciais, a garantia de vitaliciedade e forma de investidura dos membros do Poder Judiciário e a necessidade de respeito aos princípios da congruência e da inércia judicial possibilitariam o desempenho da função representativa pelo Supremo, segundo Luís Roberto Barroso. Por fim, destacou-se que, para o autor, o STF exerceria um papel iluminista, ao promover avanços civilizatórios.

Importante ressaltar, ainda, a contribuição de Roberto Gargarella a respeito da origem da referência de controle de constitucionalidade para o mundo, o modelo estadunidense. É nítido que a ideia de que o Poder Judiciário pode atuar na proteção de minorias, seja para avançar na história, seja para contrapor as decisões do Poder Legislativo nem sempre significou a proteção dos interesses de pessoas negras, mulheres, LGBTs ou de pessoas pobres. O surgimento da jurisdição constitucional, como apontou o autor, está muito relacionado à proteção das elites, sendo possível fazer um paralelo entre essa noção e um dos objetivos do presente trabalho, que se dedica à compreensão de como o racismo estrutural e institucional influenciam a jurisdição constitucional. Afinal, o Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal não funcionam no plano abstrato, sendo necessário explicitar, a partir da observação do seu funcionamento concreto, os instrumentos de reprodução das hierarquias de classe, raça, gênero e sexualidades, para que esses mecanismos possam ser superados progressivamente.

2. BRANQUITUDE E PODER JUDICIÁRIO: O ENSINO E A HERMENÊUTICA JURÍDICA À SERVIÇO DA MANUTENÇÃO DE PACTOS NARCÍSSICOS

No capítulo anterior, foram abordadas concepções teóricas que buscam legitimar o consenso de que o Poder Judiciário e mais especificamente o Supremo Tribunal Federal é um órgão que possui capacidades para tomar decisões que garantam, de fato, a manutenção das regras do jogo democrático, bem como os direitos fundamentais. Contudo, há limites epistemológicos aos marcos hegemônicos que fundamentam essa noção, em termos de reprodução de práticas institucionais de extermínio da população negra, e que estão relacionados à formação da sociedade brasileira. Essas limitações podem ser verificadas nos fundamentos da produção do conhecimento jurídico e da estrutura da ordem jurídica como um todo, interferindo na interpretação e aplicação das normas que compõem esse sistema.

Assim, neste momento, pretende-se expor algumas noções que servirão à compreensão dos limites epistemológicos da teoria anteriormente apresentada sobre as funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal. Para isso, inicialmente, serão abordadas as concepções de racismo e a categoria da branquitude, de modo a evidenciar de que maneira estão relacionadas à produção do conhecimento jurídico e aos fundamentos do Direito oficial.

Após, o trabalho se debruça sobre a problemática do epistemicídio, evidenciando como a formação dos cursos de Direito apaga perspectivas negras ao passo que reforça a ideia de que juristas brancos seriam os grandes depositários de todo conhecimento necessário para criar soluções para os problemas do Brasil. Neste momento, pretende-se analisar o quadro de docentes de faculdades de Direito da cidade do Rio de Janeiro, bem como o planejamento das disciplinas que nelas são desenvolvidos.

Por fim, serão abordados aspectos de hermenêutica jurídica para compreender de que maneira os elementos tratados nos itens anteriores se traduzem para o campo das regras de interpretação e aplicação das normas jurídicas. O objetivo é investigar se esses elementos produzem invisibilidades, reforçam preconceitos e fazem com que os mecanismos de controle judicial de políticas públicas sejam utilizados de maneira racialmente excludente. Ou seja, de que maneira os tribunais incorporam (ou não) a dimensão racial em decisões judiciais e qual o impacto deste comportamento. Ao final, espera-se que essas reflexões permitam um entendimento consciente sobre as dimensões da atuação dos tribunais que se somam a diversas engrenagens estatais que não se opõem a negação de direitos e ao extermínio da

população negra e despotencializam institucionalmente instrumentos que serviriam para promoção de condições de vida menos desiguais.

2.1. Considerações sobre Direito, racismo institucional e o poder de branquitude

Como aponta Abdias do Nascimento, um dos expoentes da intelectualidade negra militante do país, “o Brasil é um país dos índios, construído por negros, em benefício dos brancos”⁹⁴. Isso significa dizer que a sociedade brasileira possui raízes cultural e estruturalmente racistas e que o papel e a herança de todos os sujeitos envolvidos nessa história, marcada por conflitos raciais, precisam ser situados, junto a compreensão de outras formas de opressão, quando da análise das relações de poder que perpetuam as desigualdades.

Impossível seria traçar um paralelo entre o Direito oficial e o racismo sem antes compreender as dimensões que este assume, seja na formação da sociedade brasileira, nas instituições ou nas práticas individuais ou coletivas que inferiorizam e promovem a marginalização de pessoas negras. Optou-se, assim, pela organização estabelecida por Silvio Almeida em seu livro “O que é o racismo estrutural?”⁹⁵

Dizer que o racismo é estrutural significa afirmar que ele decorre da estrutura social brasileira, ou seja, consiste no modo normal de constituição das relações políticas, econômicas, jurídicas, familiares nela desenvolvidas. Ou seja, o racismo não é uma patologia social ou um desarranjo institucional porque faz parte do funcionamento normal de uma sociedade forjada na inferiorização, na imposição e naturalização da morte, seja concreta ou social, à sujeitos negros, ao passo que cria a noção de superioridade para pessoas brancas.⁹⁶ Isso significa dizer que a existência do racismo não está relacionada a uma conjuntura específica, ainda que seja fundamental compreendê-lo como um processo histórico, que opera de maneiras diversas, em sociedades diversas e considerando, ainda, as transformações sociais pelas quais essas sociedades passam.⁹⁷ Ademais, a dimensão política que o racismo possui

⁹⁴ KANTER, Marcelo de Mello Kanter; MACHADO, Thales. *O papel do negro na construção do Brasil sob a ótica de Abdias do Nascimento*. Disponível em: <<https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2015/05/o-papel-do-negro-na-construcao-do-brasil-sob-a-otica-de-abdias-do-nascimento-13-de-maio-e-o-mito-da-democracia-racial-por-marcelo-de-mello-kanter-e-thales-machado/>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

⁹⁵ ALMEIDA, Silvio Luiz. *O que é o racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 38 e 40.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 42. Para ilustrar essa ideia resgatam-se as noções de preconceito de marca e preconceito de cor, que, assim nomeadas por Oracy Nogueira, visam explicar as diferenças que o preconceito racial assume no Brasil e nos Estados Unidos, revelando que não há nesses dois contextos uma diferença em termos de grau de intensidade do preconceito, discriminação e desigualdade racial, mas apenas relações raciais que se estabeleceram de modos distintos. Ou seja, a questão que se coloca é menos sobre um país ser mais ou menos racista que o outro, como

permite a construção de sentimentos de pertencimento e unidade entre pessoas que compõem uma sociedade estratificada em termos de classe, raça, gênero e de sexualidades.

Diz-se que o racismo é institucional porque “as instituições são hegemônicas por determinados grupos raciais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos”.⁹⁸ Assim, as instituições concentram conflitos raciais que existem na estrutura social com a finalidade de preservar seu equilíbrio e estabilidade, e conformam comportamentos a partir de determinados parâmetros pré-definidos. Isso ocorre, por exemplo, através da imposição de obstáculos a realização de discussões que busquem evidenciar questões raciais e estabelecimento de dificuldades de acesso de indivíduos negros aos espaços de tomada de decisão.⁹⁹

Nesse sentido, em um artigo denominado “Estado, Direito e análise materialista do racismo”, Silvio Luiz de Almeida destaca que o racismo não é um problema meramente cultural ou moral.¹⁰⁰ Para o autor, são condições institucionais que permitem a renovação da ideologia racista. Ou seja, por seu conteúdo ideológico, o racismo é estrutural e institucional, na medida em que a sua reprodução se dá no interior dos aparelhos do Estado, através de práticas sociais concretas que, por sua vez, atuam na formação da subjetividade e consciência das pessoas.

Assim, aparatos institucionais possibilitam a naturalização da hegemonia de determinados grupos por meio de discriminações. Entender de que maneira os mecanismos que evidenciam o racismo institucional operam na dinâmica das instituições é fundamental e, no caso do Poder Judiciário, revela políticas e instrumentos que condicionam o acesso a direitos por parte da população negra.

Em sua definição ou compreensão individual, o racismo diz respeito a comportamentos racistas, individuais ou coletivos, no âmbito das relações interpessoais. Destaca-se a contribuição de Jurema Werneck que, ao apresentar algumas formulações que permitem compreender as particularidades que envolvem o direito e as políticas públicas relativas à saúde da população negra e, especificamente, da mulher negra no Brasil, aponta

afirmam corriqueiramente aqueles que não conseguem assimilar a dimensão estrutural do racismo e compreendê-lo como um processo histórico. NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. *Revista Tempo Social*, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 287-308, 2007.

⁹⁸ ALMEIDA, op. cit., p. 30.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 31.

¹⁰⁰ ALMEIDA, Silvio Luiz de. Estado, direito e análise materialista do racismo. In: KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto; AKAMINE JUNIOR, Oswaldo; MELO, Tarso de (Org.). *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra universitário, 2015, p. 747-767.

que o racismo individual é a manifestação intencional ou não da assimilação de estigmas e visões de mundo racistas.¹⁰¹

Nesse ponto, cumpre ressaltar que todos os indivíduos podem reproduzir práticas que evidenciam racismo individual, de modo que pessoas brancas possuem possibilidades desproporcionais de obter benefícios oriundos dessas práticas, uma vez que, estabelecida uma relação de poder que tem como elemento a discriminação em razão de traços de identidade racial, a branquitude se estabelece como parâmetro de humanidade, com a distribuição de privilégios materiais e simbólicos. O que pretende-se afirmar é que não há pessoas brancas mais ou menos iluminadas e que o racismo transcende a intencionalidade do sujeito de realizar uma prática discriminatória. Essa observação é importante, já que impede análises reducionistas que tendem a naturalização do preconceito racial e do racismo em sua dimensão estrutural limitando sua manifestação à intenção. Considerando a definição de Jurema Werneck a respeito do racismo individual, é possível afirmar que sujeitos brancos podem ser racistas, ainda que sejam considerados “bons”, “justos” ou “desconstruídos”, cabendo a todos um exercício reflexivo permanente de contestação de práticas individuais e institucionais discriminatórias.

Aqui, cabe realizar uma pequena observação quanto aos elogios e a ressalva feita pelo ministro Luís Roberto Barroso, no que diz respeito ao papel destacável que o ex-ministro do STF Joaquim Barbosa exerceu naquele Tribunal e quanto à sua importância em termos de representatividade para a população negra, considerando sua posição de destaque. Não pretende-se evidenciar a atitude em uma tentativa de denúncia simplista que possua a pretensão de estabelecer quem são as pessoas boas ou más nas instituições brasileiras, mas para ilustrar que juristas podem reproduzir práticas discriminatórias, por serem pessoas concretas e não heróis do Olímpio.

Apesar de ter início em maio de 2017, o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 41¹⁰² foi concluído na sessão do dia 8 de junho de 2017. Após a abertura da sessão daquele dia, pela ministra Carmen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, no Plenário do STF, um dos ministros pediu a palavra para pedir desculpas por um comentário racista realizado fora do Pleno. Em uma cerimônia destinada à homenagem e colocação de retratos de ex-presidentes do STF, no dia 7 de junho, o ministro

¹⁰¹ WERNECK, Jurema. Racismo institucional e saúde da população negra. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 25, n. 3, p. 535-549, 2016, p. 541-542.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 41*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

Luís Roberto Barroso se referia ao ex-ministro Joaquim Barbosa como “negro de primeira linha” ao afirmar que: “A universidade (Uerj) teve o prazer e a honra de receber um professor negro, um negro de primeira linha vindo de um doutorado de Paris”.¹⁰³

A intenção, certamente, foi a de homenagear o ex-ministro e as desculpas foram feitas em tom de constrangimento, notoriamente em um exercício de autocritica. Entretanto, ao realizar o comentário, após resumir toda a bagagem acadêmica e profissional do ex-ministro Joaquim Barbosa, o ministro Luís Roberto Barroso reforçou a distribuição da valorização e reconhecimento da humanidade de pessoas negras segundo critérios meritocráticos, naturalizando o imaginário social que reduz, como regra, pessoas negras à condição seres humanos de segunda classe. O comentário e o arrependimento, demonstrado em sessão de Plenário, contribuem para romper com a concepção segundo a qual juízes e ministros de Tribunais Superiores compõem uma classe diferenciada da sociedade brasileira incapaz de reproduzir o preconceito e a discriminação. É evidente o seu impacto sobre a comunidade de juristas negros que luta pela igualdade de tratamento no cotidiano dos tribunais, pela equidade salarial nos escritórios de advocacia ou que atua de uma maneira geral para que não seja mais exceção em um país cuja potência motriz tem sido a opressão racial.

De todo modo, o racismo estrutura os aparelhos do Estado e orienta práticas sociais que, por fim, se institucionalizam, garantindo a reprodução da posição de desvantagem que pessoas negras ocupam na sociedade brasileira e a violação sistemática de seus direitos fundamentais.

Porém, em que pese os esforços do movimento negro em evidenciar que o racismo e que o extermínio da população negra e a sua marginalização tem servido à concentração de poder e privilégio para a elite branca brasileira, ainda é presente no imaginário social o mito da democracia racial. Essa noção foi difundida no Brasil especialmente a partir da segunda metade do século XX com a finalidade de promover a imagem do Brasil no plano internacional e tinha como premissa a noção de que o país seria um paraíso racial. Isso só foi possível a partir de uma releitura dos escritos de Gilberto Freyre, intelectual que, em 1933, publicou o livro “Casa Grande e Senzala” e que dedicou parte considerável de sua produção

¹⁰³ JUSTIFICANDO. *Em evento, Barroso chama Joaquim Barbosa de "negro de primeira linha"*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/08/em-evento-barroso-chama-joaquim-barbosa-de-negro-de-primeira-linha/>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

teórica para descrever de maneira acrítica a relevância de homens, mas especialmente mulheres negras na vida sexual da casa grande.¹⁰⁴

Em “O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado”¹⁰⁵, Abdias do Nascimento expõe como a percepção de Gilberto Freyre apaga estratégias de branqueamento da população brasileira e não pode ser considerada completamente ingênua, uma vez que as relações sexuais às quais Freyre se referiu ocorriam devido a imposição do estupro e da prostituição à mulher negra por senhores brancos.¹⁰⁶

Precursos intelectuais da Universidade de São Paulo, a partir da década de 1940, promoveram uma reinterpretação do branqueamento, tornando-se foco de análise os impactos que a escravidão produziu sobre o negro.¹⁰⁷ Esses intelectuais relacionavam o branqueamento a um complexo de inferioridade do negro no Brasil, em razão de todos os estereótipos negativos atrelados a sua cor. Essa ressignificação do branqueamento é compreendida, por Maria Aparecida Bento, como uma “apropriação simbólica do branqueamento”¹⁰⁸.

Ao analisar a obra de Florestan Fernandes, a autora destaca que o intelectual teve uma grande importância na desmistificação da democracia racial, mas, apesar disso, não é

¹⁰⁴ Havia certo otimismo e romantização da mestiçagem. Afirma o autor: “Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo – há muita gente de jenipapo ou mancha mongólica pelo Brasil – a sombra, ou pleno menos a pinta, do indígena ou do negro. No litoral, do Maranhã ao Rio Grande do Sul, e em Minas Gerais, principalmente do negro. A influência direta, ou vaga e remota, do africano.” FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime patriarcal*. São Paulo: Global, 2013, p. 367. Em 22 de abril de 2020, foi realizada reunião ministerial do Poder Executivo federal cujo objetivo foi o de discutir um programa político de Estado e um plano de retomada econômica durante a pandemia causada pela Covid-19. A quebra de sigilo do vídeo foi autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo possível identificar a presença de discursos que reforçavam o mito da democracia racial em articulação à ideia de “povo brasileiro”, entre eles o do até então Ministro da Educação: “(...) tá querendo transformar a gente numa colônia. Esse país não é... odeio o termo “povos indígenas”, odeio esse termo. Odeio. O “povo cigano”. Só tem um povo nesse país. Quer, quer. Não quer, sai de ré. É povo brasileiro, só tem um povo. Pode ser preto, pode ser branco, pode ser japonês, pode ser descendente de índio, mas tem que ser brasileiro, pô! Acabar com esse negócio de povos e privilégios.” FERNANDES, Kelly; LÉO NETO, Nivaldo. Narrativas antirracistas no enfrentamento ao contexto de neofascismo: educando sujeitos históricos nas lutas. *Revista de Antropologia e Arqueologia*, Pelotas, v. 9, n. 1, p. 46-62, 2021, p. 51.

¹⁰⁵ NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 62-63. De acordo com o autor: “O mito da ‘democracia racial’ enfatiza a popularidade da mulata como “prova” de abertura e saúde das relações raciais no Brasil. No entanto, sua posição na sociedade mostra que o fato social exprime-se corretamente é segundo o ditado popular. Nessa versão há o reconhecimento geral do povo de que a raça negra foi prostituída, e prostituição de baixo preço. Já que a existência da mulata significa o “produto” do prévio estupro da mulher africana, a implicação está em que após a brutal violação, a mulata tornou-se só objeto de fornicação, enquanto a mulher negra continuou relegada à sua função original, o u seja, o trabalho compulsório. Exploração econômica e lucro definem, ainda outra vez, seu papel social. (...) E assim temos diante dos olhos uma radiografia a mais da famigerada “democracia racial” em cujo contexto, o homem negro e a mulher negra só podem penetrar subrepticamente, pela porta dos fundos, como criminoso e como prostituta.”

¹⁰⁷ BENTO, Maria Aparecida. Branqueamento e branquitude no Brasil. In: _____; CORONE, Iray. (Org.). *Psicologia Social do Racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 48-49.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 25.

possível encontrar em sua obra análises que denunciem diretamente os privilégios simbólicos e materiais que restaram para os brancos com o fim da escravidão, que vão além de uma mera omissão com relação à perpetuação das desigualdades raciais¹⁰⁹: se traduzem em uma forte atuação para mantê-las. Deste modo, cumprem papel fundamental as formulações realizadas pela autora a respeito da *branquitude*, a identidade racial branca encoberta e oculta, que converge para uma aparente neutralidade racial de pessoas brancas, ocultando benefícios que o racismo produziu para essa parcela da sociedade brasileira.¹¹⁰

Embora os estudos críticos de branquitude tenham surgido, nos Estados Unidos, em 1990, em diversos países muitos intelectuais já ressaltavam em suas produções que, para a compreensão do racismo e das relações raciais, localizar o papel do branco é fundamental. Em seu artigo “Branquitude: a identidade racial branca refletida em diversos olhares”¹¹¹, a partir da produção teórica de W. E. B. Du Bois, Frantz Fanon e Alberto Guerreiro Ramos, Lia Vainer Schucman destaca que a branquitude não é definida apenas pela cor da pele. Mais que isso, a branquitude, segundo a autora, deve ser compreendida como um poder que opera através diversas técnicas e procedimentos concretos que reproduzem desigualdades raciais, exercido de maneira consciente ou não. Assim, fica nítido que não há uma intenção de estabelecer o perfil racial de sujeitos brancos, mas compreender os valores que definem a branquitude e as suas formas de manifestação considerando diferentes organizações sociais, econômicas, jurídicas e políticas.¹¹²

Há alguns traços que ajudam a compreender a branquitude enquanto identidade racial dentro dessa relação de poder. Um deles é a supervalorização estética e subjetiva que confere vantagens materiais e simbólicas a sujeitos brancos, como melhores condições de vida, de acesso e oportunidades.¹¹³ Além disso, a branquitude se estabelece como padrão de identidade

¹⁰⁹ Ibid., p. 50.

¹¹⁰ Ibid., p. 30.

¹¹¹ SCHUCMAN, Lia Vainer. Branquitude: a identidade racial branca refletida em diversos olhares. In: BENTO, Maria Aparecida; SIQUEIRA, Marly; NOGUEIRA, Simone. (Org.). *Identidade, negritude e branquitude: contribuição para a psicologia social no Brasil*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2014, p. 112-113.

¹¹² Ibid., p. 119.

¹¹³ Ibid., p. 120-121. De acordo com o Atlas da Violência de 2021, considerando dados de 2019, a chance de uma pessoa negra ser assassinada no Brasil é 2,6 vezes superior à de uma pessoa não negra. Os dados obtidos revelam, ainda, que a redução geral das taxas de homicídios considerando a década entre 2009 e 2019 se concentrou mais sobre a população não negra, sendo 50% superior a correspondente à população negra. IPEA; FBSP. *Atlas da Violência 2021*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/atlas-da-violencia/>>. Acesso em: 06 dez. 2021. Segundo levantamento realizado pela Rede Nossa São Paulo em parceria com o Inteligência em Pesquisa e Consultoria Estratégica (Ipec), a respeito da percepção da população da cidade de São Paulo sobre o racismo e as suas consequências no cotidiano, para 49% dos entrevistados, a desigualdade social é o que mais contribui para desencadear ou agravar problemas relacionados à saúde mental da população negra. 45% dos entrevistados apontaram, ainda, o medo constante de sofrer abuso ou violência policial e 42% afirmaram que o medo de sofrer discriminação ou preconceito racial e não saber como reagir interfere na saúde mental. IPEC;

racial e não como apenas uma das várias existentes em determinada sociedade, sendo possível identificar o processo de invisibilidade da brancura. Isso não significa que há um empecilho para que pessoas brancas se reconheçam como brancas e tenham consciência de seu privilégio, mas tão somente que a sua identidade racial não é nomeada em razão de uma pretensão de universalidade, com a finalidade de que todas as vantagens dela decorrentes permaneçam no plano da invisibilidade. Vale dizer: seria um desserviço defender que sujeitos brancos não se reconhecem como tais em um país onde a miscigenação é utilizada para, em tese, apagar as identidades raciais e produzir a negação do enfrentamento ao racismo.

Mas, caminhando no mesmo sentido que as produções sobre a branquitude apresentadas até aqui, quais seriam os mecanismos que permitem a manutenção e reprodução desses privilégios? De acordo com Maria Aparecida Bento, a manutenção de vantagens raciais é possível devido à existência de pactos narcísicos, definidos como mecanismos e acordos velados, que permitem à branquitude silenciar a sua responsabilidade sobre a perpetuação das hierarquias raciais, gerando a interdição da população negra aos espaços de poder.¹¹⁴ Trata-se, assim, de um pacto entre iguais não-verbalizado, em que “brancos sempre asseguram para outros brancos os lugares mais qualificados”¹¹⁵. Nesse sentido, pactos narcísicos são realizados, por exemplo, em fases de recrutamento de processos seletivos, que colocam pessoas brancas em posição de alta vantagem em relação a pessoas negras. Além disso, esses acordos também podem se manifestar em decisões judiciais, a exemplo daquela que decreta a prisão preventiva nos termos do artigo 312, do Código de Processo Penal, pois a raça/cor pode ser um elemento determinante na análise do perigo do estado de liberdade do imputado apta a ensejar (ou não) a prisão preventiva.

Assim, essa categoria analítica é de fundamental importância para a compreensão das decisões que são tomadas no plano institucional. Isso porque chama a atenção para os mecanismos implícitos de manutenção e proteção de privilégios raciais. No plano do direito, é relevante porque a linguagem jurídica se utiliza de categorias abstratas que consideram sujeitos abstratos, seja ao longo da elaboração normativa, seja ao longo da construção

Rede Nossa São Paulo. *Pesquisa de Opinião Pública Viver em São Paulo: Relações Raciais (Novembro de 2021)*. Disponível em: <<https://www.nossasaopaulo.org.br/pesquisas/relacoes-raciais/>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

¹¹⁴ BENTO, op. cit., 2014, p. 46. Segundo Schucman (2014, p. 122), “Maria Aparecida Bento (2002) argumenta que os brancos em nossa sociedade agem por um mecanismo que ela denomina de pactos narcísicos, alianças inconscientes, intergrupais, caracterizadas pela ambiguidade e, no tocante ao racismo pela negação do problema racial, pelo silenciamento, pela interdição de negros em espaço de poder, pelo permanente esforço de exclusão moral, afetiva, econômica e política do negro, no universo social”.

¹¹⁵ Expressão utilizada por Maria Aparecida Bento na Entrevista - Branquitudes, em 7 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/9081632/>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

argumentativa que se faz quando da aplicação de espécies normativas a casos concretos. Essa questão será objeto de melhor compreensão a seguir.

Por ora, considerando que a branquitude é diversa em suas formas de manifestação, Lourenço Cardoso destaca que a identidade branca individual ou coletiva pode se apresentar de forma crítica ou acrítica.¹¹⁶ A branquitude acrítica seria aquela que aceita, silenciosamente ou não, a supervalorização do sujeito branco e de sua subjetividade, agindo, de qualquer modo, intencionalmente, para manter privilégios simbólicos e materiais em detrimento da inferiorização de pessoas não-brancas. A branquitude crítica, por sua vez, seria aquela caracterizada pelo esforço de pessoas brancas em se reconhecerem como um grupo racial e pela desaprovação declarada do racismo por parte de indivíduos que estão em permanente exercício reflexivo sobre o seu lugar racial.

Contudo, é preciso levar em consideração que ao romper com a indiferença, pessoas brancas não estão isentas de possuir vantagens raciais. Isso significa dizer que o ato de denunciar o racismo não pode ser instrumentalizado para ocultar a responsabilidade que a branquitude possui, enquanto poder e lugar de privilégio, sobre a manutenção das desigualdades de raça. Essa noção é particularmente importante e contribui para evitar análises reducionistas das decisões do Supremo Tribunal Federal, que desconsideram seu impacto real sobre a população negra, ao passo que contribuem para conferir maior projeção institucional ao Supremo, como será visto adiante.

Ao longo deste item foram expostas premissas fundamentais para o presente trabalho. O racismo institucional e a branquitude constituem chaves teóricas importantes para analisar de que maneira o direito é mobilizado, conscientemente ou não, para garantir a conservação de hegemonias, privilégios e a manutenção das hierarquias raciais, através da negação de direitos e acesso a determinados espaços de tomada de decisões por negras e negros. O racismo, para além de se manifestar em práticas individuais ou coletivas nas relações interpessoais construídas pelos sujeitos existentes na sociedade brasileira, é um elemento que compõe a realidade institucional de diversos setores da sociedade brasileira, cuja formação, por si só, foi forjada a partir do racismo.

Além disso, é possível afirmar que, assim como sujeitos negros possuem uma identidade racial, a negritude, objeto de tentativas de fragmentação histórica, a branquitude também precisa ser compreendida como identidade racial e enquanto poder, já que, ao se

¹¹⁶ CARDOSO, Lourenço. *O branco "invisível": um estudo sobre a emergência da branquitude nas pesquisas sobre as relações raciais no Brasil (Período: 1957 - 2007)*. 2008. 231 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008, p. 193.

constituir enquanto modelo e padrão de existência, projeta também nas instituições essa supervalorização e manutenção de privilégios. Nesse sentido, o racismo e o poder de branquitude influenciam não apenas a aplicação da ordem jurídica como se verá mais adiante, mas a própria produção do conhecimento jurídico.

2.2. O problema da construção do pensamento jurídico e a sua influência sobre a atuação dos magistrados

Pires e Flauzina¹¹⁷ destacam que os trabalhos que tratam sobre a atuação do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal tendem a se concentrar na sua atuação a partir da Constituição da República de 1988, que teria criado condições institucionais para o ativismo judicial. As autoras destacam, no entanto, que essa opção é problemática na medida em que pouco contribui para pensar a atuação do Poder Judiciário enquanto poder político ao longo da história e compreender o tratamento que conferido a pessoas de raça, gêneros, sexualidades e classes sociais diversas. Ressaltam as autoras¹¹⁸:

Para entendermos como se dá a manutenção das hierarquias de humanidade entre nós através do Direito – em períodos reconhecidos como de estabilidade democrática ou não –, ao invés de tomar a Constituição de 1988 como marco temporal para pensar a atuação do Poder Judiciário, interessa-nos perceber o fenômeno a partir do advento dos cursos jurídicos no Brasil e o papel desempenhado por eles na formação do Estado Brasileiro.

Nesta pesquisa, a contribuição das autoras foi fundamental. Isso porque, como foi possível visualizar no capítulo anterior, a produção teórica de Luís Roberto Barroso sobre as funções do Supremo Tribunal Federal é acompanhada por certo otimismo em relação à jurisdição constitucional brasileira. Essa postura só é possível, como já foi visto, por meio de uma negação da história constitucional brasileira ao longo do desenvolvimento social, político e econômico do país. Buscar no advento dos cursos jurídicos no Brasil o entendimento sobre de que maneira as hierarquias de humanidade se reproduzem e são produzidas através do Direito oficial permite não apenas compreender o seu papel na formação do Estado Brasileiro, mas, com isso, identificar os seus ruídos no cenário atual, na contramão de uma tendência, que, como foi possível identificar no capítulo anterior, preza pela ideia de que a Constituição da República de 1988 promoveu certo tipo de ruptura em relação à forma de atuação do Poder

¹¹⁷ FLAUZINA, Ana Luiza; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, p. 1211-1237, 2020, p. 1215.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 1216.

Judiciário. É preciso localizar o rompimento ao qual a doutrina tradicional se refere, explicitando quais são as referências utilizadas para que seja possível defender essa perspectiva, ou seja, os elementos de transformação que são levados em consideração, revelando, assim, as suas limitações.

Além disso, o presente trabalho se alinha com a perspectiva de Pires e Flauzina¹¹⁹ no sentido de que:

a incapacidade de o Direito produzir emancipação para sujeitos, sujeitas e experiências que não são levadas em conta no processo de determinação dos bens jurídicos a serem tutelados, não pode ser simplificada em categorias como inefetividade/violação de direitos.

Ou seja, é preciso transcender “o problema da (in)efetividade das normas” ao tratar sobre a reprodução de vantagens e hierarquias de raça, gênero, classe e sexualidade. Priorizar essa perspectiva como lente de análise amplia as possibilidades de identificar as implicações problemáticas do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo, portanto, desmitificar os papéis que são exercidos pelo tribunal no contexto do constitucionalismo contemporâneo. Com isso, a apresentação de sugestões para a sua transformação progressiva tende a ser mais coerente, responsável e efetiva.

Em palestra online intitulada “Mulheres negras e o racismo nosso de cada dia”¹²⁰, organizada pelo Conselho Municipal de Políticas Públicas para Mulheres junto a Prefeitura do Município de Bauru, em São Paulo, no dia 26 de novembro de 2021, com apoio da Universidade Estadual Paulista, três pessoas ingressaram com nomes falsos e compartilharam a tela de seus computadores, exibindo, assim, um vídeo com três gorilas dançando e emitindo sons. A alusão a “macacos” como referência a pessoas negras também foi presente em música elaborada em 2005 por estudantes de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro para os jogos jurídicos universitários, como meio de provocação a estudantes da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, faculdade que foi a primeira a criar um sistema de cotas em vestibulares. Mais tarde, em 2018, seria a vez da Pontifícia Universidade Católica do Rio, que foi relacionada à arremesso de casca de banana contra um aluno da Universidade Católica de Petrópolis e imitações de macacos após a torcida da UERJ se manifestar em protesto.¹²¹

¹¹⁹ Ibid., p. 1217.

¹²⁰ ASSIS, Desirèe. *Mulheres negras têm palestra online interrompida por imagens de gorilas: 'Fiquei chocada'*, diz mediadora. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2021/12/04/mulheres-negras-tem-palestra-online-interrompida-por-imagens-de-gorilas-fiquei-chocada-diz-mediadora.ghtml>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

¹²¹ CRUZ, Eliana. *"Mulata, analfa, postura de macaco": racistas do direito nunca foram punidos. Ouça músicas de 2005*. Disponível em: <<https://theintercept.com/2018/06/08/racismo-direito-puc/>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

Episódios como esse geram impactos negativos para a permanência de pessoas negras em ambientes acadêmicos. Além de dificuldades materiais, há barreiras psicológicas que acompanham suas experiências acadêmicas e profissionais, como apontou pesquisa elaborada com estudantes da Universidade de São Paulo.¹²²

A deslegitimação do conhecimento produzido por indivíduos que são marginalizados na sociedade brasileira, segundo Sueli Carneiro, é acompanhada por um processo de deslegitimação do sujeito como agente capaz de produzi-lo, por integrar um grupo racial que seria, em tese, destituído de racionalidade.¹²³ A racionalidade a que se refere apenas seria viável no conhecimento que se consolidou de maneira hegemônica por ter como referência a história, sujeito e valores europeus. Nesse sentido, a construção do conhecimento eurocêntrico, segundo a autora, se estabeleceu através da desqualificação de conhecimentos de povos indígenas e negros, seja pela negação de ensino de qualidade, pela deslegitimação do negro como um sujeito que produz conhecimento ou pelas tentativas de comprometimento da capacidade cognitiva, em razão de dificuldades materiais ou de comprometimento da autoestima por causa das discriminações sofridas ao longo de seu percurso acadêmico. Segundo a autora¹²⁴:

A negação da plena humanidade do Outro, a sua apropriação em categorias que lhe são estranhas, a demonstração de sua incapacidade inata para o desenvolvimento e aperfeiçoamento humano, a sua destituição da capacidade de produzir cultura e civilização prestam-se a afirmar uma razão racializada, que hegemoniza e naturaliza a superioridade européia. O Não-ser assim construído afirma o Ser. Ou seja, o Ser constrói o Não-ser, subtraindo-lhe aquele conjunto de características definidoras do Ser pleno: auto-controle, cultura, desenvolvimento, progresso e civilização. No contexto da relação de dominação e reificação do outro, instalada pelo processo colonial, o estatuto do Outro é o de “coisa que fala”.

Assim, relegado às pessoas não-brancas o lugar do não-ser e, negadas as suas experiências, a autora também destaca o processo de “inversão epistemológica”, segundo Charles Mills. Para o autor, o conhecimento que é produzido a partir do processo de epistemicídio concebe a realidade social diferentemente do que ela é, ou seja, há uma cegueira subjacente à produção de conhecimento que é validada pela autoridade epistêmica branca, de

¹²² SANTOS, Alessandro; OLIVEIRA, Gisela; MUNOZ, Bruna. Mulheres negras acadêmicas: preconceito, discriminação e estratégias de enfrentamento em uma universidade pública do Brasil. *Revista Interfaces Brasil/Canadá*, Florianópolis/Pelotas/São Paulo, v. 18, n. 3, 2018, 28-41.

¹²³ CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. 340 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia da Educação) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 96.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 99

maneira que a sua legitimidade se torna questionável devido à “inversão epistemológica” que a informa.¹²⁵

No campo do Direito, essas noções possuem uma dimensão importante se levada em consideração a ideia de que a produção de doutrinas jurídicas se relaciona à construção de discursos sobre o Estado. Ademais, aplicada às ciências jurídicas, essa noção adquire contornos interessantes, já que o acúmulo de capital jurídico define a legitimidade de intelectuais do Direito e é influenciado não apenas pela posição institucional dos indivíduos, mas pelos elementos sociais e raciais que atuam na construção da subjetividade e na formação do conjunto de costumes, hábitos e valores fundamentais que são característicos da coletividade acadêmica.¹²⁶

Para ilustrar essas noções, resgata-se a história da fundação das duas primeiras grandes faculdades de direito do país, que revelam de que maneira as tentativas de consolidação de centros acadêmicos jurídicos de prestígio se relacionavam à criação de novos modelos e de uma nova consciência para lidar com os problemas específicos da nação do século XIX que demandavam a criação de instrumentos de controle racial. Devido a sua importância histórica, serão apresentadas algumas ideias centrais a respeito da faculdade de Pernambuco e daquela que se estabeleceu em São Paulo, pois, como se verá adiante, apesar dos contrastes teóricos e quanto aos objetivos da formação dos bacharéis, os dois centros universitários se assemelhavam pela crença que conferia ao profissional do direito prestígio e poder político consideráveis dentro de uma sociedade que estava interessada na criação de elites próprias, inclusive, de pensamento e produção do saber.

Ao se estabelecer em Recife em 1854¹²⁷, a faculdade de Direito faz com que a disciplina ganhe um status científico que a aproxima das ciências naturais e da antropologia física e determinista, em contraposição à tendência anterior que a relacionava à religião e à metafísica.¹²⁸ Houve, nesta escola, a presença marcante do argumento evolucionista segundo

¹²⁵ Ibid., p. 100.

¹²⁶ BENTO, Juliane; ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana. Doutrinadores, políticos e “Direito Administrativo” no Brasil, *Revista Política & Sociedade*, Santa Catarina, v. 16, n. 37, p. 286-314, 2017, p. 288.

¹²⁷ Antes de Recife, o curso de Direito se estabeleceu em Olinda. Nesta época, porém, ainda que houve uma expectativa de que a instalação do curso seria revolucionária, capaz de contribuir de maneira considerável para o desenvolvimento da autonomia intelectual do país, isso não ocorreu. Ao contrário, em Olinda, houve a penetração das ideias portuguesas que já eram conhecidas, apontando-se como motivos para o insucesso quanto à formação de uma intelectualidade inovadora a própria estrutura conferida ao curso ou a ausência de compromisso institucional por parte de professores e alunos. SCHWARCZ, Lilia. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 188-189.

¹²⁸ Nesse sentido, destaca-se a influência que o pensamento de Silvio Romero exerceu sobre a faculdade de Recife no final do século XIX e início do século XX. Lilia Schwarcz destaca que: “em vista da constatação da

o qual o nível de evolução de um povo poderia ser aferido por meio do estudo das leis e do direito que nela imperavam.¹²⁹ Destaca-se que, de seu estabelecimento em 1891 até o final da década de 1920, a maioria das publicações da Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife estavam relacionadas à antropologia criminal, disciplina que tinha por finalidade a compreensão do crime a partir da figura do criminoso.¹³⁰ Partia-se da premissa de que o indivíduo era produto das características da sua raça, especialmente físicas, para a conclusão de que a criminalidade poderia ser reconhecida nas características físicas de um povo.¹³¹

Isso porque, no Brasil, a produção teórica de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafeale Garófalo foi recepcionada e relacionada ao que se apresentava naquele momento como um problema: a composição predominantemente mestiça da sociedade brasileira. Apesar de pesquisas que se baseavam na escola criminal positiva se afirmarem como teorias que possuíam orientação exclusivamente biológica, científica e objetiva, dialogavam com a perspectiva de que o processo evolutivo da sociedade brasileira seria ainda mais lento diante da criminalidade latente a que estaria relegada em razão da ausência de uma raça delimitada, por ser um país de mestiços. Sendo assim, foram apropriadas por juristas da faculdade de Pernambuco para contribuir para o aperfeiçoamento da raça brasileira.

A partir da década de 20 há forte adesão de intelectuais da escola de Pernambuco à medicina legal e ao paradigma higienista, de modo que, na faculdade, passam a se acomodar diversas teorias, inicialmente em um debate acirrado¹³², estabelecendo-se na segunda metade da década um esforço de ponderação. Com o tempo, vai prevalecendo o discurso de que, considerando a superioridade branca, a miscigenação brasileira conduziria ao embranquecimento da população e à “boa mestiçagem” e não à degeneração, atribuindo-se ao Estado uma missão centralizadora, de integração diante das diferentes realidades raciais.¹³³

inexistência de um grupo étnico definitivo no Brasil, esse intelectual elegia o mestiço como o produto final de uma raça em formação. Utilizando de forma pouco ortodoxa as máximas poligenistas da época, Romero encontrava na mestiçagem o resultado da luta pela sobrevivência das espécies, como estabeleciam as teorias deterministas da época. Porém, paradoxalmente, ao invés de condenar a hibridação racial, seguindo os modelos evolucionistas sociais, esse autor encontrava nela a futura ‘viabilidade nacional’. Usando a expressão de Silvio Rabello, a teoria de Romero mais se aproximava a um ‘arianismo de conveniência’, no qual se sustentava o modelo da seleção, a eleição de uma raça mais forte, sem que, no entretanto, incorresse nos supostos dessa postura que se preocupava em denunciar o caráter letal do cruzamento de raças distintas. (...) A partir de Romero, o direito ganha um estatuto diferente no Brasil. Passa a combinar com antropologia, se elege como ‘*sciencia*’ nos moldes deterministas da época e se dá o direito de falar e determinar os destinos e os problemas da nação”. Ibid., p. 202-203.

¹²⁹ Ibid., p. 195-196.

¹³⁰ Ibid., p. 208.

¹³¹ Ibid., p. 216-218.

¹³² Ibid., p. 219.

¹³³ Ibid., p. 221-222.

Por outro lado, com relação à escola de São Paulo, destaca-se a presença de uma consciência que vinculava o Direito, enquanto prática profissional, a uma missão civilizatória, a um projeto missionário de condução dos destinos da nação. No período republicano, havia uma forte associação entre a escola e a elite econômica regional, o que a tornaria um dos espaços essenciais de apoio para a construção de teorias que legitimassem o jogo político vigente.¹³⁴

Diferentemente da tradição pernambucana, em São Paulo, os intelectuais eram críticos ao determinismo racial aplicado ao direito penal. Isso não significa dizer que teorias raciais não eram adotadas, mas tão somente que os intelectuais não se submetiam a suas determinações. Isso porque a escola de São Paulo estava mais próxima ao liberalismo político, de modo que a combinação de democracia com evolução e a preocupação com a mestiçagem integrava um quadro mais amplo de preocupações de caráter cultural e político. Assim, já no final da década de 1920, liberalismo elitista e teorias evolucionistas se encontram visando conferir maior grau de confiança ao Estado e apagar conflitos raciais ou de classe. Segundo explica Lilia Schwarcz¹³⁵:

A crítica ao determinismo racial não implicava, portanto, descartar a perspectiva evolutiva. Os homens continuavam desiguais, porém passíveis de evolução e perfectibilidade em função da ação de um Estado soberano e acima das diferenças não só econômicas como raciais.

Ao analisar as semelhanças e diferenças entre as escolas, destaca a autora que a escola de Pernambuco visava se consolidar como centro de produção intelectual, de modo que a sua preocupação residia na formação de doutrinadores. Já a de São Paulo, cujo interesse era se afirmar como centro de referência nos assuntos que diziam respeito à condução da política da nação, criava um espaço para a preparação de juristas que viriam a ser políticos e burocratas, estimulando práticas políticas que iriam influenciar a provação de leis e medidas, a exemplo da restrição à entrada de imigrantes africanos e asiáticos no Brasil objeto do Decreto nº 528, de 1890. A intervenção estatal é produto dos modelos eugenistas que tiveram muitos adeptos na escola de Recife. Também é possível afirmar que esses paradigmas ecoaram na escola paulista, que exercia forte influência sobre a Sociedade Central de Imigração. A Sociedade, na época, defendia que não havia qualquer benefício nesse tipo de imigração, em razão do “caráter atrofiado da raça chinesa”.¹³⁶

¹³⁴ Ibid., p. 233.

¹³⁵ Ibid., p. 237.

¹³⁶ Ibid., p. 240-242.

Até aqui já foi possível perceber a presença do que Lilia Schwarcz de “liberalismo de fachada”¹³⁷ na escola de São Paulo, já que, nela, debates que tinham como finalidade discutir questões de cunho oficial conviviam com o discurso racial, enquanto tentava-se a qualquer custo, diferentemente da postura geral de intelectuais da escola de Recife, negar conflitos raciais, ora buscando justificações de natureza evolutiva, ora discutindo a importância de um Estado soberano. Debater e criar soluções para o desenvolvimento da democracia brasileira não significava problematizar a noção de cidadania.

A clientela dessas escolas também era diferente, já que em Recife não havia propriamente um vínculo do corpo acadêmico com a oligarquia rural, de modo que em São Paulo, conforme já apontado, docentes e discentes compunham a elite econômica que ascendia naquele momento histórico. Isso explica por que não havia um viés de contestação e porque São Paulo se tornou um centro importante de onde saíram as ideias que iriam compor o discurso oficial.¹³⁸

Fato é que, segundo Lilia Schwarz, e talvez essa seja uma das noções mais importantes expressas na obra da autora, nas duas escolas havia um sentimento coletivo e um discurso naturalizado no sentido de que os intelectuais que ali circulavam seriam os responsáveis por conduzir a sociedade brasileira. Ou seja, ainda que, em Recife, o desenvolvimento de uma mestiçagem com potencial uniformizador tenha sido apresentado como solução para o problema do Brasil e, em São Paulo, o desenvolvimento de um Estado liberal, cuja atuação centralizada seria capaz de se sobrepor aos conflitos raciais, em ambos os espaços de produção do conhecimento juristas brancos, na melhor das intenções, “entendiam-se como mestres nesse processo de civilização, guardiões do caminho certo”.¹³⁹

Essa exposição poderia soar descontextualizada, não fosse o fato de que perdura até os dias atuais a noção de que a razão que informa a atuação dos operadores do Direito é suficiente para promover transformações estruturais sem a participação de grupos que foram historicamente marginalizados. A contribuição também é importante no que diz respeito à continuidade da ausência de perspectivas negras nas faculdades de direito, embora seus perfis institucionais sejam diversos. Ainda que, com a aprovação da Lei de Cotas, o cenário brasileiro em relação a pluralidade dos ambientes acadêmicos tenha se modificado

¹³⁷ Ibid., p. 243.

¹³⁸ Ibid., p. 244.

¹³⁹ Ibid., p. 245.

substancialmente¹⁴⁰, não é possível dizer que a ampliação relativa do número de alunos tenha sido acompanhada de uma revisão substancial no planejamento das disciplinas jurídicas. Apenas para ilustrar o que se pretende afirmar, observando dois grandes centros acadêmicos da cidade do Rio de Janeiro, lugar onde Luís Roberto Barroso concluiu suas atividades acadêmicas, é possível constatar uma sub-representação no quadro docente efetivo em termos raciais, de modo que as disciplinas relacionadas a Direito Constitucional não abordam a questão racial, revelando uma lacuna e falha na formação de pessoas que se tornarão profissionais, aplicadoras e, de preferência, críticas do Direito.

Em consulta ao site da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, constatou-se que, no semestre de 2021.1, foram ofertadas dez disciplinas relacionadas à Direito Constitucional, distribuídas entre os períodos do curso de Direito, no turno da manhã e noturno, de modo que todas elas possuíam carga horária de sessenta horas semestrais. Segundo a análise da grade horária relativa a este semestre, porém, nenhuma das disciplinas foram lecionadas por professores negros. Até porque, se o Departamento de Direito do Estado era composto, naquele semestre, por vinte e cinco professores, todos eles eram brancos, o que torna a possibilidade de oferecimento das disciplinas por professores negros inviável, a não ser na modalidade de professores visitantes ou convidados. Essa alternativa, porém, dependeria da boa vontade dos professores que oferecem as disciplinas, bem como da abertura que possuem ao convívio com acadêmicos negros para que estes sejam convidados a contribuir com a pluralização dos debates em sala de aula. Essas alternativas, no entanto, tem dois problemas.

O primeiro deles consiste no fato de que as universidades são espaços que promovem o isolamento de pessoas negras, de modo que a sua voz e sua produção acadêmica não são tão valorizadas. Com isso, a mecânica das relações privadas que se desenvolvem na academia nortearia a escolha dos professores negros que ocupariam esses espaços em posição frágil e instável. O segundo problema se traduz no fato de que, embora essas alternativas possam ser promovidas e sejam benéficas, o ideal seria que a inclusão de professores negros ocorresse

¹⁴⁰ BRASIL, Filipe. *Número de alunos pretos e pardos na UFRJ cresceu 71% desde a adoção das cotas, aponta levantamento*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/11/07/numero-de-alunos-pretos-e-pardos-na-ufrj-cresceu-71percent-desde-a-adocao-das-cotas-aponta-levantamento.ghtml>>. Acesso em: 06 dez. 2021. BRAGA, Erica; PINHO, Angela. *Cotas aumentam chance de emprego, mas não garantem salário melhor*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2021/11/cotas-aumentam-chance-de-emprego-mas-nao-garantem-salario-melhor.shtml>>. Acesso em: 06 dez 2021. SAID, Flávia. *Política de cotas faz número de negros no serviço público subir pouco*. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/politica-brasil/politica-de-cotas-faz-numero-de-negros-no-servico-publico-subir-pouco>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

por meio de concurso público para que se tornassem efetivos e pudessem, assim, gozar de maior garantia quanto a sua autonomia de cátedra, de modo que os concursos públicos para admissão de professores efetivos deveria incorporar mecanismos para promover a igualdade e a representação de pessoas negras no quadro docente em todas as disciplinas.¹⁴¹

Assim, não há representação de professores negros quanto às disciplinas relacionadas a Direito Constitucional, oferecidas na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. A ementa dessas disciplinas também não surpreende.¹⁴² Em Direito Constitucional I, cujo objetivo é “dar ao aluno noções gerais sobre o Estado e a ordem social e oferecer-lhe o pleno conhecimento da organização constitucional brasileira”, existe tópico para abordagem do fascismo e do nazismo, mas a ementa é silente quanto ao racismo existente na formação do Estado brasileiro em relação aos negros.

Também não há menção à questão racial na disciplina de Direito Constitucional II, que traz em sua ementa a necessidade de abordagem da história constitucional brasileira, possuindo tópico específico sobre o “movimento militar de 1964” e sobre a redemocratização, cuja compreensão é fundamental para o entendimento do constitucionalismo contemporâneo tão quanto a permanência e atualização dos mecanismos de controle e extermínio de corpos negros e de que maneira o constitucionalismo contemporâneo é influenciado pela luta por direitos de movimentos sociais.¹⁴³ A disciplina de Direito Constitucional III, por sua vez, trata predominantemente dos princípios e direitos fundamentais, sendo que não há qualquer menção à necessidade dessas matérias serem tratadas à luz de uma lente racial que considere a sistemática violação de direitos da população negra. Por fim, a disciplina de Direito Constitucional IV, que aborda matérias como a organização dos poderes, ordem econômica e financeira e controle de constitucionalidade das leis e, mais uma vez, nenhuma menção ao racismo.

A bibliografia básica dessas disciplinas consiste em livros de autores como Paulo Bonavides, Dalmo de Abreu Dallari, Luís Roberto Barroso, Marcelo Caetano, José Afonso da Silva, Michel Temer e Alexandre de Moraes. Não foram inseridos autores negros na bibliografia básica, de modo que a Universidade do Estado do Rio de Janeiro parece, assim,

¹⁴¹ RIGHETTI, Sabine; GAMBÁ, Estêvão. *Inclusão de professores negros no ensino superior pouco avança em nove anos*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2021/11/inclusao-de-professores-negros-no-ensino-superior-pouco-avanca-em-nove-anos.shtml>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

¹⁴² UERJ. Faculdade de Direito. *A Lista de disciplinas e respectivas ementas*. Disponível em: <<http://www.direito.uerj.br/curriculodocurso/>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

¹⁴³ Nesse sentido, SANTOS, Natália Nêris da Silva. *A voz e a palavra do movimento negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987-88): um estudo das demandas por direitos*. 2015. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

negligenciar a importância do debate racial em sala de aula, que fica condicionada à abordagem segundo a boa vontade e pano de fundo do docente. Com isso, a abordagem das matérias, dos problemas jurídicos e sociais e a discussão de suas soluções ficam limitadas a visões de mundo constituídas a partir de determinado lugar, um lugar branco, norteado pelo poder de branquitude e seus interesses, ainda que inconscientemente, como destacado no início deste capítulo.

A situação não é diferente na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, de modo que, levando-se em consideração apenas disciplinas relacionadas a Direito Constitucional, no semestre de 2021.1 havia, ao todo, oito professores lecionando disciplinas obrigatórias de Teoria do Estado, Constitucional e Processo Constitucional, sendo seis professores efetivos e dois substitutos. Porém, entre efetivos e substitutos, não se identificou nenhum professor ou professora negra. Elaborado em novembro de 2012, o Projeto Pedagógico da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro¹⁴⁴ possui seção específica para abordar as ementas das disciplinas obrigatórias, em que consta, ainda, a bibliografia básica de cada uma delas. Em relação à disciplina de Teoria do Estado, por exemplo, consta no Projeto Pedagógico:

4. Disciplina: Teoria do Estado – Créditos: 04 / carga horária: 60 horas semestrais de aulas teóricas Ementa: A teoria do Estado Moderno. Poder Político e Institucionalização. Sociedade/Estado. Estado de Direito. Estado Constitucional. Estado Democrático. Poderes. Governo, formas e sistemas. Democracia e cidadania. A Federação. O Estado e globalização. Teoria da Constituição. Direito Constitucional e Princípios constitucionais. Teorias constitucionais contemporâneas. Constituição de 1988. Bibliografia básica: BARROSO, Luis Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª ed., 2ª tiragem. STRECK, Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

A pergunta que fica é: como abordar a formação de entidades políticas do Estado moderno e falar sobre a constituição do poder político no Brasil sem tratar da questão racial senão incentivando um delírio que desloca a realidade concreta para outro tempo e espaço que desconsidera relações de poder pautadas na opressão e mudanças sociais possíveis graças aos movimentos de resistência de corpos colocados em condição de subalternidade?

A omissão quanto à questão racial também foi constatada nas disciplinas de Direito Constitucional I (Teoria da Constituição), Direito Constitucional II (Direitos Fundamentais) e Direito Constitucional III (Estado e Poderes), todas com carga horária de sessenta horas

¹⁴⁴ UFRJ. Faculdade Nacional de Direito. *Projeto Pedagógico*. Disponível em: <<https://direito.ufrj.br/direcao/pr ojeto-pedagogico/>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

semestrais de aulas teóricas, que possuem como bibliografia básica livros de Paulo Bonavides, Alexandre de Moraes, José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, Ingo Sarlet em conjunto com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, Gilmar Ferreira Mendes em conjunto com Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho. Todos os livros são de autores reconhecidamente brancos e tratam-se de cursos de Direito Constitucional que não utilizam como lente de análise para abordar as matérias o fato de que o racismo estrutura a sociedade brasileira e norteia práticas institucionais oficiais. Além disso, a ementa dessas disciplinas não faz menção expressa ao racismo¹⁴⁵, razão pela qual a abordagem da temática depende da boa vontade dos professores, cuja formação, aperfeiçoamento e pesquisa acadêmica, como foi possível observar através de pesquisa à Plataforma Lattes, criado e mantido pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, ocorreram tendo por referência questões e abordagens que não tem como norte uma leitura racializada do Direito.

Sobre essa questão é importante observar que, ainda que alguns professores possuam em seus currículos algumas organizações de eventos sobre a temática racial ou que tenham escrito artigos sobre “minorias” compreendidas genericamente, ou ainda que possuam alguns artigos sobre racismo e Direito, isso não torna a instituição, como um dos centros de pensamento jurídico da sociedade brasileira, verdadeiramente permeável à questão racial. Além disso, se nas universidades públicas existe a possibilidade de organização do alunado em coletivos, com a finalidade de alcançar demandas que possibilitem lutar contra o racismo em universidades brancas, o mesmo não ocorre em universidades particulares que possuem baixíssima representação de alunos negros e mais ainda de professores e professoras negras.

¹⁴⁵ 12. Disciplina: Direito Constitucional I (Teoria da Constituição) – Créditos: 04 / carga horária: 60 horas semestrais de aulas teóricas. Pré-requisito: Teoria do Estado. Ementa: Noções de conceituação, natureza da posição e relação com outras disciplinas. A estrutura do Direito Constitucional. Constituição e seus elementos. A Teoria da Constituição. Classificação das Constituições. Interpretação Constitucional. Poder Constituinte. Normas constitucionais: aplicabilidade e efetividade. Histórico constitucional brasileiro. Introdução aos Direitos Fundamentais. Direitos da Nacionalidade. Direito Internacional e Direito Constitucional: relações e consequências. 13. Disciplina: Direito Constitucional II (Direitos Fundamentais) – Créditos: 04 / carga horária: 60 horas semestrais de aulas teóricas. Pré-requisito: Direito Constitucional I. Ementa: Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Delimitação conceitual de direitos fundamentais. Sistema de direitos fundamentais: posições doutrinárias e possibilidades. Regime jurídico dos direitos fundamentais. A eficácia dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais e a reforma da Constituição. Direitos fundamentais em espécie na Constituição de 1988 (Principais Direitos Individuais e Coletivos. Direitos Políticos e Sociais. Partidos Políticos). Ordem Econômica. Política Urbana. Ordem Social. 14. Disciplina: Direito Constitucional III (Estado e Poderes) – Créditos: 04 / carga horária: 60 horas semestrais de aulas teóricas. Pré-requisito: Direito Constitucional II. Ementa: Noções de conceituação, natureza da posição organização dos poderes da república. Formas de Governo e de Estado. Federação. Conceito e origens. A estrutura federativa dos entes públicos: União, Estados Membros, DF e Municípios. As novas funções do Estado. Poder Judiciário. Princípios básicos. Supremo Tribunal Federal. Poder Legislativo. Processo Legislativo. Poder Executivo. Intervenção, Estado de Sítio e Estado de Defesa.

De modo algum o levantamento pretendeu ser exaustivo, considerando os limites do presente trabalho, mas apenas serviu para ilustrar a hipótese no microcosmos que vem sendo objeto desta monografia e que aponta, também, para a existência de um problema na formação de juristas nos diversos centros de pensamento jurídico do país. Percebe-se uma perpetuação no que se refere à ausência de pluralidade do corpo docente nas universidades brasileiras e que as disciplinas não trabalham em sua ementa oficial autores negros, o que faz com que suas ideias não sejam trazidas para o espaço acadêmico. Assim, a teoria que é difundida nesses espaços é pautada na branquitude como modelo a partir do qual são pensados modelos de sociedade e formas de controle social, sem que haja permeabilidade a outras lentes de análise.¹⁴⁶ A formação, dentro da academia jurídica brasileira, apaga perspectivas negras e, ao fazer isso, propõe soluções para os problemas jurídicos e sociais que não dão conta de sua complexidade, levando-se em consideração a inversão epistemológica que orienta o raciocínio jurídico.

A influência que essa formação possui sobre a construção argumentativa de decisões judiciais é evidente. Sobre essa questão, por exemplo, o Brasil de Fato acessou dado via Lei de Acesso à Informação segundo o qual entre 2010 e agosto de 2020, houve o recebimento de nove denúncias de posturas racistas de magistrados em suas decisões.¹⁴⁷ Até setembro de 2020, quando essa informação foi divulgada, seis dessas denúncias haviam sido arquivadas e duas suspensas, de modo que apenas uma estava em trâmite. A notícia foi divulgada em decorrência de sentença que ficou bastante popular, na qual uma juíza de uma Vara Criminal localizada em Curitiba, ao avaliar a conduta social para fins de cálculo da pena, citou a raça do réu. Destaca-se o trecho da referida sentença¹⁴⁸:

¹⁴⁶ Nesse sentido, Carlos Moore afirma: “(Nossos jovens) não são vistos, e acolhidos, como portadores de uma experiência sem a qual a Universidade deixa de ser Universidade para se converter, como é na maioria dos casos, em uma corporação burocrática, conservadora, onde a palavra é usada não para expressar um pensamento, ou veicular uma intenção, mas para encobri-los; onde o ensino das matérias da sociedade e das disciplinas humanas se converte, na verdade, predominantemente em uma exaltação narcisista da história, dos valores, da filosofia, e do percurso histórico particular do grupo fenotípico que monopoliza racialmente o poder nessa sociedade. E é por isso (...) que causa medo, causa inclusive terror a possibilidade, agora real, que a Universidade cesse de ser o bastião da elite excludente, o reduto privilegiado e intocável do racismo enrustido, o refúgio dos burocratas do ensino do pensamento único.” MOORE, Carlos. *Uma universidade do amplo saber e da multiplicidade de saberes para o mundo emergente do século 21*. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/416691378/Carlos-Moore-Universidade-do-Amplo-Saber-pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

¹⁴⁷ CARVALHO, Igor. *Em dez anos, nenhum juiz foi punido por racismo em processos abertos no CNJ*. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/09/25/em-dez-anos-nenhum-juiz-foi-punido-por-racismo-em-processos-abertos-no-cnj>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Processo nº 0017441-07.2018.8.16.0013*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/96FE7F6AF69865_sentenca_.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

Sobre sua conduta social nada se sabe. Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente.

Ao longo da notícia também é mencionada sentença proferida por juíza de Vara Criminal de Campinas na qual afirmou que o réu não correspondia “ao estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido”. A denúncia contra a magistrada foi arquivada em agosto de 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça.¹⁴⁹ Ao arquivar o caso, o Ministro Humberto Martins do CNJ afirmou que não houve afronta aos deveres contidos na Lei Orgânica da Magistratura Nacional¹⁵⁰ e no Código de Ética da Magistratura¹⁵¹ e que não foi possível constatar intuito ofensivo ou preconceituoso que transbordassem em desvio ético ou de conduta.

Considerando todas as reflexões realizadas até o momento, demonstrou-se porque a manutenção do racismo através do Direito não se restringe ao problema da inefetividade das normas que compõem a ordem jurídica brasileira. Resta então expor de que maneira esse cenário se relaciona à hermenêutica jurídica.

2.3. Reflexões sobre hermenêutica jurídica e o vocabulário que informa as decisões do Supremo Tribunal Federal a partir dos julgamentos da ADC nº 41 e da ADPF nº 347

Para atingir a finalidade de compreender de que maneira a hermenêutica jurídica sofre os influxos de uma tradição liberal branca, serão utilizadas como referência teórica as

¹⁴⁹ A integralidade da sentença pode ser visualizada consultando-se o link: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 0009887-06.2013.8.26.0114*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiza-reu-nao-parece-bandido-branco.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁵⁰ O art. 41, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece que magistrados não podem ser punidos ou prejudicados pelo teor das decisões que proferirem, exceto os casos de impropriedade ou excesso de linguagem. Questiona-se se, no caso concreto, não houve “impropriedade” por parte da magistrada à luz do princípio da não-discriminação, consagrado como objetivo fundamental da República, segundo o art. 3º, IV, da CRFB/88. A combinação entre o art. 5º, XLI, da CRFB/88 e o art. 41, da LC nº 35, de 14 de março de 1979 também permite conclusão no mesmo sentido. BRASIL. *Lei Complementar nº 35*, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 12 dez. 2021.

¹⁵¹ O art. 9º, do Código de Ética da Magistratura Nacional estabelece: “Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação. Parágrafo único. Não se considera tratamento discriminatório injustificado: I – a audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado; II – o tratamento diferenciado resultante de lei.” Percebe-se que o caso concreto não se amolda a nenhuma das hipóteses do parágrafo único. Assim, poderia ser considerada espécie de injustificada discriminação ou, ainda, ato atentatório à dignidade do cargo, nos termos do art. 39, do Código de Ética da Magistratura Nacional. BRASIL. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Disponível em: <<https://www.cnj.us.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

noções desenvolvidas por Adilson Moreira, em seu livro “Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica”.¹⁵² O ensaio de hermenêutica desenvolve o que seria “pensar como um negro” do ponto de vista jurídico e de que maneira esse pensamento desafia a hermenêutica jurídica baseada na mitologia liberal, que, segundo o autor, possui alguns problemas que obstaculizam a concretização de seu ideal transformador.

Primeiro, porque o projeto liberal concebe os indivíduos de maneira abstrata, como se fossem ilhas autônomas, ignorando as relações de poder e a construção de determinados indivíduos como integrantes de grupos que estão sujeitos à opressão. Ao fazer isso, a percepção liberal nega que a individualidade é construída segundo o reconhecimento com outras individualidades e, ainda, dificulta que se evidencie que o racismo nega a individualidade da sujeitos negros, seja porque estereótipos raciais atrelam determinadas características a membros integrantes de determinado grupo racial ou porque determinam quais lugares sociais devem ser ocupados por pessoas negras.¹⁵³

Além disso, a mitologia liberal tem como elemento o princípio da igualdade formal, que conforme já apontado anteriormente, ignora que a justiça depende da consideração da situação particular em que cada pessoa se encontra, de forma que a interpretação do princípio da igualdade deve contemplar as suas experiências. Assim, a universalidade das normas impede que a justiça pautada nesses termos possa ser alcançada. Aliás, segundo o autor, universalismo, generalidade, equidade e simetria são categorias sobre as quais a formulação moderna se assenta e que negam não apenas as condições materiais de existência das pessoas, problemática que vem sendo superada pela noção de igualdade material, mas também dificultam a garantia da igualdade como reconhecimento.¹⁵⁴

Após tratar sobre essas questões, o autor destaca outra problemática da mitologia liberal relacionada à relação entre os Estados modernos e o aparato jurídico. Segundo o autor, a interpretação jurídica, ao se pautar na busca pela identificação de uma racionalidade manifestada por meio da observância de procedimentos legislativos, permite ao Estado constitucional moderno adquirir legitimidade política “porque expressa uma vontade soberana produto do acordo entre indivíduos que atuam de forma racional”¹⁵⁵. Assim, seguindo essa linha de raciocínio e maneira de conceber a interpretação jurídica, “o poder estatal deve ser visto como um tipo de ação estatal porque representa a possibilidade de os indivíduos

¹⁵² MOREIRA, Adilson José. *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 111.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 112 e 113.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 115.

poderem atuar de forma autônoma, sendo que a proteção desse espaço de ação é o objetivo central das instituições estatais”.¹⁵⁶

Adilson Moreira destaca, porém, que essas noções ignoram que a raça é um elemento que informa a atuação dessa entidade política e dos Estados modernos e destaca que desde a origem o aparato jurídico que regula a atuação estatal e o exercício do poder político incorpora os interesses privados do grupo racial dominante. Com a finalidade de encerrar essa ideia, o autor resgata as noções de Charles Mills, que realiza uma leitura racializada das teorias sobre concepções sobre a formação do Estado moderno fundamentado no contrato social. Para Charles Mills, o que existiu em verdade não foi um contrato social, mas sim um contrato de dominação sobre minorias raciais, criticando a ideia muito difundida no sentido de que os indivíduos se tornariam agentes políticos em virtude da formação da sociedade civil, para defender que, em realidade, o que ocorreu foi a aquisição de poder social sobre minorias que não foram consideradas atores sociais. Além disso, segundo o autor¹⁵⁷:

A doutrina tradicional concebe o contrato social como algo baseado no pressuposto da igualdade entre todos os homens, mas a realidade do contrato racial demonstra que essa proposição ideal não corresponde à realidade histórica das bases sobre as quais o Estado moderno se forma. O contrato racial cria também uma forma de epistemologia que encontra legitimidade na teoria liberal: as pessoas ainda são consideradas como indivíduos que supostamente vivem dentro de uma realidade igualitária, perspectiva que encobre as formas como relações hierárquicas de poder permeiam as relações entre grupos raciais dominantes e os grupos raciais subordinados.

Assim, juristas brancos raciocinam segundo a percepção que os coloca como sujeitos abstratos que expressam a universalidade da razão e concebem o Direito como um sistema que possui uma racionalidade própria e pode responder a todos os problemas jurídicos, operando independente de outros sistemas sociais, permitindo o acesso à verdade e o conhecimento objetivo da realidade social porque opera de acordo com a neutralidade. Assim, para o autor, o jurista branco seria o juiz moderno, para o qual “normas jurídicas contêm todos os elementos necessários para sua interpretação e aplicação”.¹⁵⁸ Com isso, o formalismo jurídico é o ponto de interpretação, que consiste em mera aplicação de categorias lógicas, o que permite ao jurista branco legitimar suas decisões nas noções de objetividade e neutralidade, de forma que a questão procedimental assume grande relevância.

Outra questão ressaltada pelo autor diz respeito a forma como a subjetividade influencia a interpretação jurídica. Para Adilson Moreira, o formalismo jurídico compreende

¹⁵⁶ Ibid., p. 115.

¹⁵⁷ Ibid., p. 117.

¹⁵⁸ Ibid., p. 122.

que o sujeito está ausente do processo interpretativo porque a sua atuação se dá segundo uma racionalidade imanente ao sistema jurídico, de forma que o mundo seria por ele apreendido de maneira objetiva utilizando-se do método adequado para tanto. Assim, teorias hermenêuticas de inspiração liberal tendem a conceber o sujeito que interpreta o Direito como um sujeito que deve ser deslocado de sua própria consciência, porque a descoberta do sentido da norma, que se apresenta para o formalismo como um objeto racionalmente definido, depende que os sujeitos que interpretam a norma sejam homogêneos, com experiência unificada.¹⁵⁹ Assim mais que a crítica à objetividade, teorias que envolvem a interpretação jurídica precisam considerar o problema do sujeito do conhecimento, uma vez que, segundo a exposição acima realizada, acerca da formação dos juristas brasileiros, baseada no individualismo liberal, “a construção do intérprete está baseada na categoria abstrata do indivíduo liberal que se apresenta para o mundo como um sujeito que possui uma consciência autônoma e uma experiência social unificada”¹⁶⁰, o que como visto acima encobre relações de poder e como elas se traduzem para o Direito.

Percepção fundamental do autor é no sentido de reconhecer que, apesar das mudanças que demonstram a possibilidade de existência de um novo paradigma constitucional quanto à forma de interpretar e aplicar normas jurídicas, isso não significa que a cultura jurídica sofreu uma modificação significativa. Além disso, Adilson Moreira critica autores que parecem difundir que os sentidos de igualdade foram sendo ampliados apenas em razão de meras discussões doutrinárias. Para o jurista brasileiro, a participação popular foi fundamental para que essas mudanças fossem possíveis, de forma que o papel do protagonismo social nesse processo precisa ser reconhecido, adquirindo fundamental importância a atuação dos movimentos sociais na mudança da compreensão do sentido da igualdade.

Até aqui, é possível afirmar que a hermenêutica jurídica é situada epistemologicamente, o que gera apagamentos, já que promove a ausência da perspectiva negra nos ambientes institucionais, mas também direcionamentos que perpetuam determinadas formas de existir e formas de conceber o mundo e as relações de poder existentes. A realização do levantamento a respeito das principais universidades públicas existentes na cidade do Rio de Janeiro permitiu ilustrar um cenário de perpetuação da branquitude como parâmetro de produção do conhecimento jurídico nas universidades. No

¹⁵⁹ Ibid., p. 124.

¹⁶⁰ Ibid., p. 147.

campo da doutrina jurídica, essas duas questões se traduzem em uma lógica do sujeito universal branco e de não abertura dos espaços às demandas pela superação das desigualdades raciais.

Como foi possível visualizar no final do primeiro capítulo, para Luís Roberto Barroso o Supremo Tribunal Federal exerceria diversas funções. A função contramajoritária seria exercida quando os tribunais ora tomam decisões que se opõem à maioria em razão do conteúdo da Constituição ora anulam atos normativos porque contrariam procedimentos previstos na Constituição ou as condições desse procedimento. Por outro lado, exerceria um papel representativo quando é a via pela qual as demandas das majorias que não são ouvidas pelo Poder Legislativo são acolhidas. Por fim, o papel iluminista do juiz constitucional no Brasil seria o de “empurrar a história”, promovendo o respeito, o pluralismo, a proteção da dignidade humana de todos, sem a pretensão de imposição de valores.

Porém, a defesa de uma atuação judicial pautada pelo “iluminismo constitucional” parece ignorar o racismo epistêmico que atravessa a produção do conhecimento jurídico, produzindo silenciamentos e fazendo com que a formação dos magistrados seja racialmente enviesada. Dizer que a formação de magistrados é racialmente enviesada pode causar estranhamento, afinal, a ordem jurídica estatal possui como fundamentos os postulados na neutralidade e da imparcialmente. Desse ponto de vista, reconhecer que o magistrado possui uma posição social que se transforma, no interior dos órgãos do Poder Judiciário, em uma posição institucional é particularmente difícil, significa desafiar uma cultura jurídica secular que insiste em manter intactos os privilégios patriarcais, de gênero, classe e sexualidades. Porque apenas o sentimento de preservação institucional e social justifica a reafirmação de discursos que desafiam dados da realidade concreta.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, é necessário investigar se o tribunal tem sido permeável às questões raciais. Considerando as ideias até aqui desenvolvidas, percebe-se que, ao tratar da função iluminista, Luís Roberto Barroso utiliza exemplos que considera emblemáticos do papel iluminista da jurisdição constitucional, como a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis entre homens e mulheres e a permissão de interrupção da gestação de fetos anencéfalos.¹⁶¹ Além disso, entre as decisões do Supremo Tribunal Federal que teriam contribuído para o avanço social no Brasil, no que diz respeito à proteção

¹⁶¹ BARROSO, op. cit., 2015, p. 42. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132 e ADI nº 142*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>> . Acesso em: 2 dez. 2021. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 2 dez. 2021.

das minorias, o autor destaca, em relação aos negros, a validação de ações afirmativas em favor de pessoas negras, pardas e indígenas.

Sem negar a importância do reconhecimento da constitucionalidade das cotas raciais no Brasil, diversas questões se apresentam considerando as reflexões expostas até o presente momento. A abordagem e o reconhecimento do racismo bastam para que uma decisão seja considerada efetiva e alinhada ao rompimento com instrumentos que promovem desigualdades em termos de acesso e gozo de direitos fundamentais? De que maneira a atuação do Supremo Tribunal Federal em ações que envolvem a igualdade racial de forma explícita legitima por si só a sua atuação iluminista naquelas ações cuja questão racial não é colocada de maneira evidente, no sentido de ser possível afirmar que o tribunal tem, por meio destas, promovido avanços civilizatórios para a população negra? Como a questão racial é tratada nos julgamentos de ações que impactam pessoas negras, seja nas ações que versam explicitamente sobre a diminuição das desigualdades raciais, seja naquelas que tratam sobre o sistema de justiça criminal, por exemplo, que tem papel significativo na gestão do extermínio negro e na (re)produção do racismo?

De acordo com Adilson Moreira, discursos jurídicos são construídos a partir da articulação entre fatos e normas, de forma que é possível uma abordagem de decisões judiciais enquanto “narrativas culturais”.¹⁶² Sob essa perspectiva, seria possível afirmar que a seleção ou rejeição de determinados argumentos ao longo da interpretação e aplicação de normas constitucionais não é neutra, tornando-se necessário desvelar a apropriação da linguagem dos direitos como mecanismo de reprodução de privilégios por parte de determinados grupos¹⁶³, para conferir legitimidade a arranjos sociais específicos.¹⁶⁴

Assim, não apenas práticas discriminatórias, mas, sobretudo, vivências e experiências de sujeitos que possuem diferentes status em razão do seu pertencimento racial influenciam a atividade de jurisdição constitucional. Em razão de toda essa problemática, analisar de que maneira a branquitude se projeta no comportamento judicial, ao longo da argumentação jurídica, é importante para a compreensão dos limites da legitimidade democrática que Tribunais Constitucionais e órgãos do Judiciário, de fato, possuem, levando-se em consideração a opção ou rejeição de determinados argumentos, cuja gestão pode evidenciar um compromisso com a manutenção de pactos narcísicos de branquitude,

¹⁶² MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2., p. 830-368, 2017, p. 839.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 843.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 846.

independente da presença ou não de dificuldades da utilização de uma linguagem que denuncie as desigualdades de raça, gênero, classe e de sexualidades. A partir dessas premissas, optou-se pela análise do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 41, que representou um marco importante na promoção da igualdade racial.

A ADC nº 41 foi proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com a finalidade de reconhecimento da constitucionalidade da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, que estabelece a reserva de 20% de vagas a pessoas negras em concursos públicos da Administração Pública federal, direta e indireta, para provimento em cargos efetivos, isto é, para que o Plenário do Supremo se pronunciasse a respeito das divergências geradas pela utilização do critério da autodeclaração.¹⁶⁵

Portanto, o objeto desta ação situava-se no âmbito das políticas de promoção de igualdade racial, que se traduzem em iniciativas de cunho estatal orientadas à reparação e ao enfrentamento e redução das desigualdades raciais, seja através do planejamento de programas nas áreas da saúde, segurança pública e educação, por exemplo, voltadas às especificidades da população negra, e que dependem da redefinição do orçamento público, ou, ainda, através da adoção de ações afirmativas e políticas de cotas raciais, especificamente.

No Supremo Tribunal Federal, a discussão sobre as cotas que teriam por destinatários negros e negras ganhou espaço com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. A ação mencionada foi ajuizada pelo partido político Democratas, que visava à impugnação da política, implementada pela Universidade de Brasília. O Supremo julgou improcedente a ADPF nº 186, declarando a constitucionalidade da adoção das cotas com base no critério étnico-racial pelas universidades públicas.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Sendo assim, uma das razões que justificaram a propositura da ADC nº 41 se traduz em uma dificuldade, constatada pela Ordem dos Advogados do Brasil, de aplicação da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014 pelos tribunais inferiores. A resistência e controvérsia judicial a respeito da aplicabilidade da Lei foram expostas pelo até então Presidente do Conselho Federal da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coêlho, nos seguintes termos: “Apesar da clareza do texto da lei per se, a legislação em apreço vem sendo alvo de controvérsias judiciais em diversas jurisdições do país, sob alegação de que a Lei de Cotas é inconstitucional. É certo que o entendimento dessa Suprema Corte colocou-se anteriormente pela constitucionalidade de políticas de ação afirmativa, quando foi questionado a respeito do ingresso às Universidades Públicas brasileiras – consoante julgado da ADPF nº 186. (...) Destaca-se que os posicionamentos públicos e as medidas judiciais divergentes abalam a confiança da sociedade brasileira na plena aplicabilidade das ações afirmativas, ricocheteando no regramento da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014 – que determina a reserva de vagas para os concursos públicos federais de todo o país.” CONJUR. *OAB pede que Supremo declare constitucionalidade da Lei de Cotas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-28/oab-supremo-declare-constitucionalidade-lei-cotas>>. Acesso em: 4 dez. 2021.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 186*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

Ao demonstrar que a apreensão de discursos jurídicos como narrativas permite compreender as ideologias subjacentes aos argumentos que estruturam uma decisão judicial, Adilson Moreira, analisando o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, relator da ADPF nº 186, destaca que o voto inaugurou um marco no que diz respeito às narrativas jurídicas raciais. Segundo o autor, o ministro Ricardo Lewandowski, para além da dimensão individual, reconheceu o racismo em seu aspecto estrutural e, ainda, institucional, chegando a afirmar que os espaços de poder político precisam ser pluralizados sob pena de que se reproduza a concentração de privilégios por parte da elite.¹⁶⁷

Com o julgamento da ADC nº 41, o STF retomou entendimento que já preponderava no tribunal, reiterando que o racismo é estrutural e institucionalizado, e que as cotas raciais em concursos públicos contribuem para diminuir os efeitos da marginalização de negras e negros. Afirmou a ministra Rosa Weber, por exemplo, que “no Brasil, infelizmente, a pobreza tem cor”¹⁶⁸, destacando, como fizeram diversos ministros em seus votos, estatísticas que comprovam a condição de desvantagem econômica que negros ocupam na sociedade brasileira. Assim, admitiram os ministros do STF que, para além da implementação das cotas raciais nas universidades, a sua adoção em concursos públicos federais é importante para concretizar a igualdade, em sua dimensão formal¹⁶⁹, material¹⁷⁰ e como reconhecimento.

O Ministro Luís Roberto Barroso admitiu a compatibilidade da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014 com o princípio da igualdade formal em razão da razoabilidade dos critérios e finalidades para a desequiparação conferidas pela lei à luz da Constituição, tendo em vista o dever de reparação histórica à população negra e a configuração do racismo estrutural.¹⁷¹ Do ponto de vista da igualdade material, ressaltou o Ministro Alexandre de Moraes que¹⁷²:

¹⁶⁷ A análise do voto do ministro, a partir dos principais argumentos e questões suscitadas com a propositura da ação, pode ser encontrada em: MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2., p. 830-868, 2017. Quanto à opção pela análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade 41, um apontamento se faz necessário. Ocorre que, após a leitura deste artigo, diante da contribuição do autor, optou-se por não adentrar em observações mais profundas a respeito do julgamento da ADPF nº 186, concentrando a análise no julgamento de uma ação mais recente que versa sobre cotas étnico-raciais, a Ação Declaratória de Constitucionalidade 41.

¹⁶⁸ BRASIL, op. cit., nota 102. p. 113.

¹⁶⁹ A igualdade formal, que possui raízes no liberalismo clássico, propõe que a atividade legislativa, bem como a aplicação das normas sejam desenvolvidas de modo que não haja desequiparação entre indivíduos, considerados enquanto sujeitos abstratos, cujas diferenças e especificidades não devem ser apreciadas quando da aplicação e elaboração da lei, sob pena de que esta produza privilégios e vantagens sociais.

¹⁷⁰ A constitucionalidade da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014 também foi avaliada levando-se em consideração que a lei concretiza a igualdade material, que impõe a redistribuição de riquezas e bens sociais, buscando superar quadros de desvantagens sociais.

¹⁷¹ BRASIL. op. cit., nota 102. p. 19.

¹⁷² *Ibid.*, p. 78.

a investidura oportuniza a inserção em ambientes decisórios relevantes, o contato com profissionais qualificados, a participação em um maior número de programas de aprimoramento e a fruição de uma vasta rede de proteção contra diferentes riscos sociais. Na medida em que a ocupação de um cargo público constitui uma ponte para diversas outras chances de qualificação pessoal, faz todo sentido utilizar a reserva de vagas nos concursos públicos como instrumento de promoção da igualdade material.

Ademais, a igualdade como reconhecimento impõe a necessidade de respeito às diferenças de minorias sociais, bem como à sua identidade. Nesse sentido, afirmou-se que a adoção dessa espécie de ação afirmativa por órgãos da administração pública federal contempla a igualdade como reconhecimento¹⁷³:

Há uma dimensão simbólica importante que é a de ter negros ocupando posições de destaque na sociedade brasileira. (...) Além desse papel simbólico, há um efeito importante sobre a autoestima das pessoas. (...) Por fim, evidentemente, há o papel de que o pluralismo e a diversidade tornam qualquer ambiente melhor e mais rico.

Percebe-se, então, que, no que diz respeito à constitucionalidade da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014 à luz do princípio da igualdade, os ministros fizeram avaliações a partir das quais houve o reconhecimento de que a iniciativa legislativa seria um mecanismo importante para concretizar a igualdade, levando-se em consideração os diversos impactos que o racismo produz e as violações que promove à dignidade humana de pessoas negras. O mesmo pode-se afirmar com relação ao reconhecimento da compatibilidade da lei com princípios que regem a administração pública e os concursos públicos mais especificamente.

Em seus votos, Carmen Lúcia e o ministro Edson Fachin ressaltaram que a previsão de cotas étnico-raciais em editais de concursos públicos não ofende o postulado do artigo 37, inciso II, da Constituição da República de 1988 e lembraram que a própria Constituição prevê, em seu artigo 37, inciso VIII, a possibilidade de reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência, o que demonstra, portanto, a compatibilidade entre o princípio do concurso público e a iniciativa legislativa que impõe a reserva de vagas a pessoas que autodeclararem negras.¹⁷⁴ O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, afirmou que o princípio da igualdade precisa ser compreendido como um dos princípios inerentes à administração pública, conjuntamente com os princípios elencados no artigo 37, caput, da Constituição da República de 1988.

¹⁷³ Ibid., p. 21.

¹⁷⁴ Ibid., p. 93.

Além disso, a ministra Rosa Weber afirmou que a Lei é adequada para promover o princípio da eficiência que rege a atuação da administração pública¹⁷⁵, na medida em, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, é capaz de estimular o que denominou de “burocracia representativa”¹⁷⁶. Isso porque uma composição mais plural no quadro de servidores públicos, representando uma diversidade de valores e vivências, contribuiria para que a prestação de serviços contemple mais facilmente as demandas, especificidades e interesses de todos, inclusive de pessoas que compõem minorias.

Assim, é possível dizer que, do ponto de vista da compatibilidade do objeto da ADC nº 41 com princípios constitucionais, houve o reconhecimento de que a Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014 seria um instrumento importante para concretizar valores e normas que estão inseridas na Constituição de 1988, especialmente no que se refere ao princípio da igualdade e aos princípios voltados à administração pública direta e indireta, expressos no artigo 37, da Constituição da República.

Além disso, o julgamento da ADC nº 41 caracterizou-se pelo reconhecimento do racismo estrutural e de que políticas públicas que visem à reparação histórica de negras e negros são necessárias para ampliar os instrumentos aptos a tornar da sociedade brasileira mais justa e menos desigual. Em dois momentos do julgamento foi possível constatar certo tipo de denúncia ao mito da democracia racial, nomeado nesses termos, pelos ministros Celso de Mello e Luís Roberto Barroso.¹⁷⁷ Outro aspecto interessante do julgamento foi a visibilidade atribuída não apenas àqueles que sofrem com os efeitos do racismo, mas, sobretudo, àqueles que são responsáveis ou se omitem diante de práticas discriminatórias. O ministro Luis Roberto Barroso, relator da ação, inaugurou o seu voto destacando a relevância de uma abordagem do preconceito racial que considere não somente quem o pratica, mas quem aceita passivamente a sua manifestação, afirmando, nesse sentido, que “é preciso não aceitar esse preconceito”¹⁷⁸.

¹⁷⁵ “Em síntese, o princípio da eficiência diz com o dever de todo o servidor e da Administração Pública em geral de bem prestar o serviço público, plexo de competências e qualidades desejáveis e esperadas não somente pelo Estado – no momento em que preenche seus quadros –, mas também, e principalmente, pela sociedade brasileira - em boa medida composta de pretos e pardos -, destinatária última dos serviços públicos. Compõem tal plexo, sem pretensão exauriente, zelo com a coisa pública, dedicação, cortesia, urbanidade, capacidade e ausência de desperdício. Não é passível, nesse diapasão, a meu sentir, reconhecer qualquer mácula ao princípio da eficiência ante a política afirmativa de reserva de vagas no certame, de todo inviável assegurar resultados pura e simplesmente com base no concurso público, obviamente não dispensado pela Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.” BRASIL, op. cit., nota 102. p. 114.

¹⁷⁶ Ibid., p. 56.

¹⁷⁷ Ibid., p. 42 e 142.

¹⁷⁸ Ibid., p. 13.

Postura similar e mais entusiasta também foi adotada pelo Ministro Marco Aurélio, que, no início de seu voto, ressaltou¹⁷⁹:

Senhora Presidente, diante das questões tão árduas e complexas por que passa, neste momento, o Supremo Tribunal Federal, nós olhamos para uma causa dessa natureza, e temos até a vontade de afirmar: "se todas fossem iguais a você!". Porque efetivamente esta é uma causa que apresenta um aspecto humanístico, sobretudo importante, que revela talvez a competência a qual deveria ostentar o Supremo Tribunal Federal para dirimir essas questões morais, essas questões interdisciplinares. Ontem, Vossa Excelência me honrou com a designação para comparecer ao "I Encontro de Juízes Negros do Brasil", e ali tive a oportunidade de destacar que sou integrado a essa causa, evidentemente não no meu aspecto físico, muito embora eu deva declarar aqui, em razão da minha dedicação, aos amigos que estão aqui presentes, que eu tenho recebido o título - reitero - de primeiro negro honorário, como Vossa Excelência verifica que só pode ser algo ideológico. Mas recebi esse título exatamente, porque integrado a essa causa.

O trecho acima revela uma inclinação importante do ministro para discutir questões que afetam direitos fundamentais de minorias sociais e um entusiasmo e otimismo ao demonstrar a sua aproximação com os movimentos negros. De todo modo, é preciso refletir em que medida uma narrativa tão entusiasta não aponta para a apropriação do discurso contra as desigualdades raciais como subterfúgio para esgueirar-se da figura do opressor, isto é, como mecanismo de apagamento das contradições relativas às hierarquias de raça e ao lugar racial que negros e brancos ocupam dentro de sociedades racialmente estratificadas. Ao romper com a indiferença, pessoas brancas não estão isentas de possuir vantagens raciais. Isso significa dizer que a possibilidade de se vislumbrar em determinado julgamento uma postura próxima à branquitude crítica não pode ser instrumentalizada para ocultar a responsabilidade que a branquitude possui, enquanto poder e lugar de privilégio, sobre a manutenção das desigualdades de raça e que o Supremo Tribunal Federal possui, enquanto poder político, sobre determinados entendimentos no bojo de outras ações que contribuam para a reprodução do racismo através do sistema de justiça.

Essas observações adquirem contornos especialmente relevantes considerando a difusão de pronunciamentos de magistrados em palestras, plataformas digitais e em grandes jornais da televisão brasileira sobre questões que envolvem o sistema de justiça e o Poder Judiciário. A desaprovação pública do racismo por parte de ministros do Supremo Tribunal Federal, apesar de ter a sua importância, não pode servir de maneira isolada para favorecer a projeção de sua imagem individual, tampouco legitimar a dimensão contramajoritária do STF ou o seu papel iluminista. Levando-se em consideração o objeto do presente trabalho, o que se

¹⁷⁹ Ibid., p. 117.

quer dizer é que a jurisdição constitucional deve ser avaliada, sobretudo, visando investigar quais são os impactos concretos que os entendimentos e teses de julgamento podem gerar na manutenção das hierarquias raciais através do Direito oficial e não com base na boa oratória dos ministros, ou seja, no reconhecimento das desigualdades e no ato de exteriorizar certo desconforto com relação à existência de privilégios raciais. É preciso avaliar se esses elementos são mencionados ao longo de processos judiciais, se são efetivamente considerados ao longo de processos judiciais e de que maneira influenciam decisões proferidas pelos magistrados.

No caso de decisões que envolvem o sistema de justiça criminal, Flauzina e Pires¹⁸⁰ defendem que os ministros do Supremo Tribunal Federal denunciam a dimensão estrutural do racismo, mas essas denúncias têm como fio condutor pactos narcísicos de branquitude. Isso significa dizer que o discurso pela redução das desigualdades e discriminações institucionais convive com a necessidade de preservação institucional e com a reafirmação dos instrumentos do sistema de justiça criminal que produzem o genocídio negro. As autoras analisam o julgamento cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, que tem por objeto o reconhecimento e a adoção de diversas medidas para combater o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro.

No julgamento cautelar da ADPF nº 347, os ministros do STF reconheceram a dimensão estrutural das violências a que estão submetidas pessoas privadas de liberdade no Brasil e afirmaram em diversos momentos que o Poder Judiciário deve assumir o compromisso de redução das violências e condições degradantes que são produzidas no sistema carcerário.¹⁸¹ Porém, ainda que o estado de coisas inconstitucional observado no sistema carcerário resulte da omissão dos três Poderes, a maioria dos pedidos formulados na ADPF nº 347 eram voltados aos órgãos do Poder Judiciário para que observassem medidas e garantias expressas na legislação penal, processual e de execução penal, tendo sido formulados oito pedidos, dos quais sete eram direcionados ao Judiciário. O que chamou atenção, no entanto, foi o fato de que apenas dois pedidos expressos na petição inicial foram deferidos: um deles para determinar o descontingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional pela União e o outro para impor a realização de audiências de custódia em até noventa dias pelos órgãos do Poder Judiciário, determinando que viabilizassem o comparecimento do preso perante a autoridade judiciário no prazo máximo de 24 horas,

¹⁸⁰ FLAUZINA; PIRES, op. cit., p. 1233.

¹⁸¹ Ibid., p. 1220.

contados do momento da prisão, em observância aos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Utilizou-se como argumento para o indeferimento dos demais pedidos relacionados ao Poder Judiciário o fato de que a sua determinação pelo Supremo Tribunal Federal, reforçando a obrigatoriedade de sua aplicação, seria ineficiente, diante da existência de previsão legislativa a seu respeito. Assim, houve uma opção pelo não enfrentamento do problema de falta de aplicação da legislação sob o fundamento de que “os juízes sequer prestam atenção a essa disposição e, talvez, um pouco por conta da cultura da prisão provisória que precisa de ser modificada”¹⁸², segundo voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual ainda afirmou que, caso houvesse o acolhimento do pedido que demandava a observância do artigo 319, do Código de Processo Penal, a fundamentação pelos magistrados seria genérica, sem a devida conformação ao caso concreto, o que produziria o “aumento do número de reclamações que o Supremo Tribunal Federal receberá - ou receberia - sem contar que prisões necessárias acabariam desconstituídas por falha do magistrado em acrescentar considerações formais à decisão”¹⁸³.

O Ministro chegou a propor a modificação da cultura jurídica do encarceramento por meio da conscientização e da formação dos magistrados, através do oferecimento de treinamento sobre sistema prisional e medidas alternativas ao encarceramento pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Assim, entre o enfrentamento e a omissão quanto ao problema da não aplicação da lei, o Supremo Tribunal optou pelo segundo com aparência de eficiência e preocupação com a formação de magistrados. Ressalta-se que ainda que esta medida seja de relevância acentuada – o que inclusive, foi destacado no presente trabalho, não é compatível com a urgência que o tratamento do estado de coisas inconstitucional demanda dos três Poderes e, considerando o escopo da ADPF nº 347, requer especialmente do Poder Judiciário.

Assim, segundo as autoras “a falha estrutural que o sistema prisional explicita é formal, abstrata e conceitualmente enunciada apenas para sinalizar uma nota superficial de discordância”¹⁸⁴, sendo possível constatar no julgamento uma construção retórica de blindagem do Supremo Tribunal Federal e do Poder Judiciário, em que se reconheceu o estado de coisas inconstitucional, optou-se pelo não enfrentamento da ausência de legalidade

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 09 dez. 2021. p. 13.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 12.

¹⁸⁴ FLAUZINA; PIRES, op. cit., p. 1224.

com que os tribunais tratam indivíduos privados de liberdade no Brasil – reforçando, portanto, o cenário em que a aplicação normativa e a legalidade se convertem em vantagens para parcela da população – e ainda afirmou-se uma preocupação com a credibilidade do Poder Judiciário como elemento importante de respeito às leis e às instituições.

Sobre essa questão, identificou-se, ainda, momentos de fuga do ponto central do objeto da ação – a desumanidade com que são tratadas pessoas privadas de liberdade no país – através de observações a respeito do alto índice de reincidência no país. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁸⁵:

a deficiência do sistema penitenciário reverte consequências gravíssimas e dramáticas para a própria sociedade brasileira, pela incapacidade do sistema de tratar essas pessoas com o mínimo de humanidade, o que faz com que os índices de reincidência no Brasil sejam dos mais altos do mundo.

Ainda que os índices de reincidência estejam relacionados a diversos fatores, entre eles os problemas do sistema prisional, a ausência de reconhecimento da humanidade de pessoas privadas de liberdade deve ser considerada questão grave o suficiente para ensejar o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Assim, propõem Flauzina e Pires, que o reconhecimento dessas violências não ocorra apenas quando produz uma consequência não desejada por parcela da população que não está submetida a essa condição de vulnerabilidade.

A análise do discurso de magistrados nas duas ações destacadas acima, quais sejam a ADC nº 41 e a ADPF nº 347, diferentemente do que afirma a doutrina tradicional, não permite defender que o Supremo Tribunal Federal promove avanços civilizatórios rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas no que diz respeito às hierarquias raciais. Isso porque, embora haja uma abordagem da dimensão institucional e estrutural do racismo em certos julgamentos, como no caso da ADC nº 41, esta não orienta o resultado de outros julgamentos que impactam de maneira desproporcional a população negra, como ocorrido no julgamento cautelar da ADPF nº 347. Percebe-se que o sucesso desta ação, o que quer que isto signifique, desafia uma cultura jurídica ancorada na ideia de que o direito penal pode ser, segundo expressão utilizada por Juarez Tavares¹⁸⁶, um “instrumento de felicidade”, o que, não raro, justifica a violação ou não aplicação da lei.

Se há um estado de coisas inconstitucional, isso deve-se ao fato de que os parâmetros fixados em lei para que a privação da liberdade no Brasil seja compatível com os direitos

¹⁸⁵ Ibid., p. 1224.

¹⁸⁶ Expressão utilizada por Juarez Tavares no evento Justiça Criminal e Direito Humanos: debates contemporâneos, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em novembro de 2021.

humanos estão sendo sistematicamente violados. Como foi possível vislumbrar, em diversos momentos do julgamento cautelar da ADPF nº 347 ministros do Supremo Tribunal Federal utilizaram argumentos para contornar essa problemática. Reincidência, eficiência e, inclusive, o problema da necessidade de transformação do modelo atual de formação jurídica são utilizados como subterfúgios para que, no caso do julgamento cautelar, assumir o compromisso e a responsabilidade pelo estado de coisas inconstitucional não leve à realização de providências para a sua transformação no que diz respeito à aplicação da lei.

Assim, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, opta-se por uma interpretação jurídica cujo produto tem sido a convivência entre decisões em que o combate ao racismo informa o vocabulário que orienta os votos dos magistrados e produz avanços significativos de promoção da igualdade e outras em que há o enfraquecimento de instrumentos relevantes para a promoção de políticas públicas menos desumanizantes para a população negra. Nada impede que, em ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, seja possível identificar a incorporação de uma linguagem de reconhecimento das desigualdades de cunho racial junto à produção de um resultado decisório que despoticize instrumentos que tenham por finalidade combatê-las.

Além disso, no que diz respeito aos demais órgãos do Poder Judiciário são proferidas diversas decisões judiciais nas quais a questão da raça aparece tão somente como reprodução de todos os estereótipos negativos que são atrelados à negritude desde o Brasil colônia. Os instrumentos disponíveis para a realização de denúncias de discursos racistas por parte de magistrados, que notadamente estão na contramão da disciplina judiciária preconizada pela consagração dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República e do princípio da não-discriminação, tem se revelado insuficientes, em razão da maneira como tem se desenvolvido o exercício da competência de processo e julgamento de processos administrativos disciplinares desta natureza pelo tribunal a que pertencem os magistrados e pelo Conselho Nacional de Justiça. Há uma dificuldade em proferir decisões que concluam pela prática de racismo por parte de magistrados. Percebe-se, assim, que o Poder Judiciário está muito longe de exercer uma posição institucional de vanguarda e de protagonizar avanços civilizatórios nos termos pretendidos por aqueles que se encontram na zona do não-ser.

3. PERMEABILIDADE SOCIAL SELETIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DOS MECANISMOS DE INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA E LIMITAÇÕES DO DESENHO INSTITUCIONAL ATUAL NO QUE DIZ RESPEITO AO PROCESSO DE JURISDIÇÃO ABSTRATA

Até o presente momento, foram abordados na pesquisa aspectos relativos à história institucional e ascensão do Supremo Tribunal Federal no contexto do constitucionalismo contemporâneo. Além disso, esta pesquisa tratou sobre as limitações epistemológicas que se colocam à produção teórica apresentada no primeiro capítulo em relação às funções que tradicionalmente entende-se que o Supremo Tribunal Federal exerce ao longo da atividade de interpretação e aplicação da Constituição. Foi possível visualizar, assim, que existe uma ausência de representatividade argumentativa do Poder Judiciário.

O presente capítulo se dedica à compreensão de como o desenho institucional do Poder Judiciário brasileiro tem contribuído para a reprodução do racismo em diversos tribunais e exclui a participação de pessoas negras do processo de tomada de decisão. Lígia Lüchmann¹⁸⁷, ao tratar sobre o desenho institucional como um dos fatores que garantem sucesso do Orçamento Participativo enquanto uma experiência de democracia deliberativa, destaca que, de uma maneira geral, desenhos institucionais podem ser compreendidos como planejamentos baseados em um conjunto de normas, critérios e procedimentos que oferecem maior grau de organização às instituições. A partir da leitura de sua tese é possível constatar a defesa de um modelo de desenho institucional que promova os princípios democráticos e participativos. Nesse sentido, além de conformar a organização das instituições, o desenho institucional deve ser orientado ao reconhecimento da autoridade coletiva e à ampliação do pluralismo na esfera pública de caráter decisório.

3.1. Desigualdade de acesso à carreira da magistratura: dados sobre representação, forma de ingresso e formação de magistrados

Em 2020, foi instituído o Grupo de Trabalho para Igualdade Racial no Poder Judiciário, pelo Conselho Nacional de Justiça, para elaborar estudos para a indicação de soluções com vistas a formulação de políticas judiciárias sobre a igualdade racial no âmbito

¹⁸⁷ LUCHMANN, Lígia. *Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre*. 2002. 225 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002, p. 56 e 57.

do Poder Judiciário. Suas atribuições incluem a realização de estudos e apresentação de diagnóstico e dados que conduzam ao aperfeiçoamento dos marcos legais institucionais sobre a temática correlata a igualdade racial no âmbito do Poder Judiciário e a apresentação de propostas de políticas públicas judiciárias que tenham por finalidade a modernização e a possibilidade de conferir maior efetividade a atuação do Poder Judiciário no enfrentamento do racismo estrutural que se manifesta no país e também institucionalmente no sistema de justiça. A Portaria CNJ nº 108, de 8 de julho de 2020¹⁸⁸ que o instituiu faz menção a necessidade de o Poder Judiciário ter uma atitude proativa no sentido de enfrentar o racismo estrutural que se manifesta de maneira institucional no sistema de justiça. Cumpre ressaltar que a instituição do Grupo de Trabalho é uma das medidas que visa ao cumprimento da Resolução CNJ nº 203, de 23 de julho de 2015¹⁸⁹, que dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura.

Em levantamento realizado pelo mencionado Grupo de Trabalho, reunido no documento “Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário”¹⁹⁰, publicado em 2021, é possível constatar que atualmente 85,9% (10.256) dos magistrados são brancos no Brasil, sendo apenas 12,8% (1.534) negros. A pesquisa, de natureza quantitativa, foi desenvolvida por meio da aplicação de formulários direcionados aos gestores dos tribunais e às escolas de magistratura¹⁹¹, relativos i) aos perfis de magistrados e servidores e estagiários, ii) às medidas

¹⁸⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 108*, de 8 de julho de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3374>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

¹⁸⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 203*, de 23 de julho de 2015. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2203>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

¹⁹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2021.

¹⁹¹ É importante destacar que o próprio documento em momento inicial ressalta que a pretensão do Grupo de Trabalho era a elaboração de duas pesquisas, sendo que uma delas teve a sua execução frustrada e dizia respeito a aplicação de entrevistas com magistrados, advogados, servidores, os membros da sociedade civil organizada e jurisdicionados sobre percepções acerca do racismo institucional e estrutural, bem como sobre a situação da pessoa negra no sistema de justiça. Nesse sentido, o próprio relatório destaca que a virtualização de atos processuais, especialmente a partir de 2020 com o início da pandemia causada pelo novo coronavírus, opôs ainda mais obstáculos à produção de pesquisas de natureza qualitativa, em particular aquelas que pretendiam ter por objeto o tratamento conferido a pessoas negras dentro da estrutura do sistema de justiça. Porém, no documento, o Grupo de Trabalho destaca algumas iniciativas relacionadas a dados estatísticos que tornam possível e que muito contribuirão para a realização da segunda pesquisa, entre elas a inclusão de categorias nas tabelas processuais unificadas do CNJ, que possibilitam tanto a diferenciação dos casos de injúria preconceituosa, quanto a identificação da prática de crimes e atos infracionais de racismo, bem como uma iniciativa do Programa Justiça 4.0, no âmbito da plataforma digital do Poder Judiciário, que possibilita a identificação da raça/cor das partes. Nesse sentido, no documento, existe o indicativo do Grupo de Trabalho no sentido de que a realização desta pesquisa cuja execução foi frustrada é possível, demonstrando um desejo de que a sua realização ocorra, cabendo aos pesquisadores do tema, integrantes dos movimentos negros e de favela, bem como todos aqueles interessados em promover a igualdade racial no Poder Judiciário, acompanhar a evolução do Grupo de Trabalho e de que

tomadas para cumprir a Resolução CNJ nº 203, de 23 de julho de 2015 e iii) às atividades desenvolvidas pelas escolas de magistratura sobre o tema da igualdade racial.¹⁹²

O grupo de trabalho apresentou dados relativos à situação de oitenta e nove escolas judiciais. Identificou, assim, que 32,6% dessas escolas realizou a oferta de cursos que envolviam a temática racial, dentro do prazo de doze meses que antecederam à resposta ao formulário. Além disso, 66,7% das escolas que responderam ao questionário informaram que foram realizadas campanhas com o tema da diversidade racial, porém em apenas 27% dessas campanhas houve a participação de magistrados. Infelizmente, 74,2% das escolas da magistratura não possuem normativas complementares/internas sobre a questão da diversidade racial ou mesmo com regulamentações oriundas dos tribunais aqui são vinculadas.

Os dados revelam um baixo índice de incorporação da questão racial na formação de pessoas que são aprovadas no curso da magistratura ou que já integram a estrutura do Poder Judiciário nesta condição há anos. Embora o percentual de escolas que realizaram campanhas sobre a temática racial esteja mais próximo dos 70%, percebe-se que o engajamento de magistrados nessas iniciativas é bem reduzido. Assim, considerando essas informações, bem como os debates que foram apresentados anteriormente no segundo capítulo, percebe-se, em termos epistemológicos, a perpetuação de um cenário em que perspectivas negras, que poderiam contribuir para uma mudança na forma como magistrados decidem sobre vidas negras e como o sistema de justiça criminal trata corpos negros, são apagadas e deixam de exercer um papel importante para a garantia e promoção dos direitos fundamentais de sujeitos negros. Segundo já exposto em momento anterior, esse apagamento, que promove o enclausuramento de experiências negras, ocorre dentro de uma marcha de reprodução da mitologia liberal e de suas categorias de universalidade, generalidade e abstração, que criam condições para a reprodução e manutenção dos privilégios de branquitude.

Com relação aos dados relativos à aplicação da Resolução CNJ nº 203, de 23 de julho de 2015 nos tribunais, o Grupo de Trabalho informa que desde o ano de 2015 foram

maneira o Conselho Nacional de Justiça garantirá a conclusão de todas as pesquisas venham a ser propostas e aprovadas, de maneira que o exercício das atribuições do Grupo de Trabalho se revele efetivo.

¹⁹² A pesquisa foi realizada entre 4 de março e 31 maio, tendo sido prorrogada duas vezes em razão do não encaminhamento de informações por parte de alguns tribunais. Por meio do encaminhamento de ofícios, os noventa tribunais existentes no país foram instados a responder formulários, quais sejam o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Tribunal Superior Militar (STM), os 27 Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal e Territórios, os cinco Tribunais Regionais Federais, os 24 Tribunais Regionais do Trabalho, os 27 Tribunais Regionais Eleitorais e os três Tribunais Militares Estaduais.

realizados 115 concursos nos tribunais pesquisados, de maneira que 28 dos 89 tribunais não realizaram concurso. Segundo o levantamento, 62,9% (56) dos tribunais implementaram a Resolução CNJ nº 203, de 23 de julho de 2015 em seus concursos públicos.¹⁹³ Assim, percebe-se que, mesmo após a publicação do ato normativo, muitos tribunais não realizaram a implementação da reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura aos candidatos negros.

A pesquisa também apurou que 15,7% (14) dos tribunais tiveram dificuldades para implementar a mencionada resolução. Destacou-se, assim, a ausência de parâmetros objetivos para avaliação do candidato como beneficiário da reserva de vagas destinada à candidatos negros, dificuldades relacionadas às regras de convocação e aos cálculos dos percentuais de reserva e no que diz respeito à instituição de comissão de heterogeneidade. Ainda que este seja um número reduzido, considerando o universo de oitenta e nove tribunais que realizaram concurso desde o ano de 2015, é importante ressaltar que ainda subsistem dificuldades com relação à implementação da reserva de vagas à candidatos negros no âmbito do Poder Judiciário, que precisam ser solucionadas para que essa modalidade de ação afirmativa possa ser implementada de modo a alcançar as suas finalidades, de maneira efetiva.

Aliás, considerando que a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura é apenas um dos diversos instrumentos que podem ser implementados pelos tribunais para o alcance da igualdade racial no âmbito do Poder Judiciário, foi interessante a informação apurada pelo Grupo de Trabalho, no sentido de que apenas 33,7% (32) dos tribunais mencionaram a utilização de outras iniciativas para a promoção da igualdade racial em seu quadro pessoal e 18% (16) afirmaram utilizar outros mecanismos de ação afirmativa visando o acesso de pessoas negras a cargos no Poder Judiciário, de modo que entre as iniciativas estariam a realização de programas de bolsas de estágio, graduação e pós-graduação com sistema de cotas, instituição de comissões e comitês diversidade, campanhas que se dedicam ao enfrentamento ao racismo e a sensibilização para a temática da equidade racial e cotas para juízes leigos e conciliadores.

O número de tribunais que lançam mão desses mecanismos é reduzido, demonstrando, assim, uma tendência de que mudanças significativas, para serem implementadas com caráter contínuo e efetivo, dependem de uma atuação forte e contundente

¹⁹³ Em 28,6% dos casos, o edital foi impugnado tendo por objeto o estabelecimento das cotas de cunho racial, de modo que em cinco desses tribunais houve a instauração de Procedimento de Controle Administrativo.

do Conselho Nacional de Justiça. É imprescindível, porém, que o Conselho considere, na elaboração e implementação dessas mudanças, as particularidades de cada tribunal, para garantir que o caráter nacional dessas políticas não sufoque algumas peculiaridades e, com isso, torne sem efeitos positivos todo o esforço empregado.

Etapa importante da pesquisa apurou a participação de pessoas negras nos tribunais. Identificou-se um número expressivo de servidores - 42,4% (109.885), estagiários - 47,6% (20.276), e magistrados - 31,9%, (5.605), que não possuem informação sobre raça/cor, de modo a evidenciar que em alguns casos o registro sobre o perfil de raça/ cor não faz parte da rotina administrativa dos tribunais. Nesse sentido, conseguiu-se obter dados de apenas 57,6% (149.328) de servidores, 68,1% (11.948) de magistrados e 52,4% (22.308) de estagiários. Além deste empecilho, muitos órgãos não conseguiram separar adequadamente a raça preta e parda incluindo as duas na categoria de negros, o que para fins do trabalho ocasionou a perda de dados.

De todo modo, de acordo com a pesquisa, 33,9% (7.570) do total de estagiários dos tribunais pesquisados são pessoas negras, enquanto os brancos representam 65,0% (14.495) e 30% (44.786) dos servidores são negros, de modo que 68,3% (102.047) são brancos. Quanto aos magistrados, pessoas negras representam 12,8% (1.534), sendo 85,9% (10.267) brancos. Com relação ao percentual de magistrados negros por cargo, identificou-se que 16,1% (9) dos ministros do STJ e STM são negros, ao passo que 83,9% (47) são brancos. Com relação os desembargadores, 8,8% (138) são negros, enquanto 90,5% (1.414) são brancos, sendo 0,7% (11) amarelos e nenhum indígena. Além disso foram identificados 12,3% (976) juízes titulares negros, ao passo que 86,4% (6.840) são brancos. A principal parcela de magistrados negros está entre os juízes substitutos, dos quais 18,1% (393) são negros e 80,4% (1.743) são brancos, sendo 1,4% (31) amarelos e não tendo sido identificados entre juízes substitutos pessoas indígenas.

A pesquisa também incluiu bem relevantes que relacionaram a sub-representação em termos raciais e de pessoas com deficiência. Nesse sentido concluiu que 100% de magistrados que foram aprovados como beneficiários da reserva de vagas destinadas a pessoas com deficiência são brancos.

Concluiu-se, ainda que 12%, ou seja, 1.408 magistrados negros foram aprovados fora das vagas voltadas as cotas raciais, dentro, portanto, das vagas de ampla concorrência, sendo 86,8% juízes brancos. De acordo com a pesquisa 82 pessoas se tornaram magistradas utilizando-se da reserva de vagas de cunho racial. A pesquisa identificou que não há

informação sobre forma de ingresso em relação a 51,1% (47) de magistrados brancos e 47,8% (44) magistrados negros.

Incluiu-se, ainda, dados relativos à raça/cor na ocupação de cargos de chefia entre os servidores. Entre aqueles que possuem cargos de chefia, 27,8% (7.337) são negros, ao passo que 70,4% (18.574) são brancos. Com relação ao percentual de servidores negros com função ou cargo em comissão, constituem 26,9% (21.269), ao passo que 71,2% (56.243) são brancos. Dos servidores efetivos, 68% são brancos, constituindo em números absolutos 83.765, ao passo que 30,3% (37.286) são negros, 1,6% (1.991) amarelos e 0,1% (145) indígenas.

Nesse sentido, considerando-se os dados obtidos junto a pesquisa realizada pelo Grupo de Trabalho mencionado, constata-se um problema que pode ser extraído da própria realidade do Poder Judiciário. Os tribunais do Brasil possuem um déficit com relação a magistrados negros em seu quadro pessoal, o que torna imprescindível a ampliação dos mecanismos de ingresso de pessoas negras na carreira da magistratura, debate que será objeto de análise a partir do presente momento.

No capítulo 1 do presente trabalho, foram abordados alguns aspectos relacionados ao desenho institucional do Supremo Tribunal Federal e do Poder Judiciário nas Constituições que antecedem a de 1988 para que fosse possível visualizar as rupturas e continuidades considerando tão somente a percepção que alguns autores brasileiros tradicionais possuem em relação à atuação do Tribunal e do Poder Judiciário como um todo no contexto do constitucionalismo contemporâneo. Assim, a escolha realizada foi no sentido de explicitar a produção teórica de Luís Roberto Barroso, sem que necessariamente fosse levada em consideração uma análise de normas da Constituição da República de 1988 que tratam sobre garantias, forma de ingresso e competências do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal.

Ao longo da Constituição da República de 1988 e do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Supremo Tribunal Federal é mencionado cinquenta e oito vezes. Em seção própria, o art. 102, da CRFB/88 dispõe que a ele compete precipuamente a guarda da Constituição. Trata, ainda, de sua composição, competência, de ações de controle de constitucionalidade que serão julgadas e processadas com exclusividade pelo tribunal superior e do Conselho Nacional de Justiça, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, o qual tem competência, ainda, para realizar o controle da atuação administrativa e financeira de todo o Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros. O artigo 95, da CRFB/88, que está localizado nas disposições gerais sobre o Poder Judiciário, prevê as garantias de que gozam os juízes, sendo elas a vitaliciedade,

inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. Tais garantias tem a finalidade de ampliar as condições para que o exercício das funções que competem à magistratura se dê em consonância com a separação dos Poderes, princípio fundamental presente no segundo artigo da Constituição.

Neste momento, é possível pensar em ao menos duas normas que envolvem questões cruciais para a promoção da igualdade no Poder Judiciário. O artigo 93, da CRFB/88 estabelece a forma de ingresso na carreira da magistratura, que ocorre mediante a realização de concurso público de provas e títulos, determinando que o cargo inicial será o de juiz substituto e estabelecendo como requisitos o bacharelado em direito e a comprovação de três anos de atividade jurídica. O concurso público é um procedimento administrativo que tem como fundamento o princípio republicano, uma vez que se entende que condicionar a investidura em cargo público à aprovação prévia em concurso público se adequada aos preceitos constitucionais que determinam a igualdade de condições entre candidatos e impede o favorecimento e perseguições pessoais ao longo da seleção. É possível admitir esse posicionamento e, ainda, propor mecanismos que retirem obstáculos à igualdade no Poder Judiciário do ponto de vista racial.

Nesse sentido, é preciso resgatar os aspectos apresentados no capítulo anterior, relativos as dimensões do racismo, bem como os aspectos estruturais da branquitude, que mobiliza indivíduos brancos no sentido de preservação de sistema que produz privilégios e a construção de uma hegemonia que produz desigualdade e marginalização.

Em 2020, durante o primeiro ano da pandemia causada pelo coronavírus, foi realizada Reunião Pública para consagrar os trabalhos do já mencionado Grupo de Trabalho sobre Políticas Judiciárias sobre a Igualdade Racial no âmbito do Poder Judiciário, criado pelo Conselho Nacional de Justiça. Durante a Reunião foram realizadas exposições por diversos juristas e personalidades que se dedicam ao combate ao racismo em suas trajetórias acadêmicas em diversas áreas e em movimentos sociais. No sentido de garantir a pulverização dessas reflexões, Wallace Corbo sistematizou as suas contribuições enquanto representante da Clínica de Direitos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a respeito dos problemas com relação aos mecanismos de ingresso de pessoas negras na carreira da magistratura, com o estabelecimento de possíveis soluções para viabilizar a ampliação de magistrados negros nos tribunais do Brasil.¹⁹⁴

¹⁹⁴ CORBO, Wallace. *Nove medidas para um Judiciário racialmente inclusivo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/igualdade-racial-no-judiciario-inclusivo-e-responsivo-3110202>>

A aprovação em concurso público só é possível após um processo de preparação. É possível afirmar que essa preparação envolve gastos financeiros substanciais no pagamento de cursos, compra de livros e que visem a formação de uma boa estrutura que garantam condições de estudo adequadas e minimamente confortáveis, consistindo este no primeiro obstáculo, já que atualmente “negros são mais pobres, morrem mais e ganham menos que brancos”.¹⁹⁵ Isso porque, segundo a quarta edição da plataforma Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil, desenvolvida pelo IPEA, em termos de renda per capita, pessoas negras ganham, em média, R\$ 580,79 e brancos, R\$ 1.144,76. Além disso, a cada duas pessoas brancas extremamente pobres há cinco pessoas negras na mesma condição, de modo que são considerados indivíduos extremamente pobres aqueles com renda domiciliar per capita menor que R\$ 70,00 mensais.

Considerando despesas decorrentes de transportes e hospedagem, seria possível pensar em medidas urgentes que garantam a simplificação dos procedimentos e exigências previstas em edital. É o caso da entrega da documentação ou realização de exames médicos. Assim, há a defesa da possibilidade do oferecimento dos documentos e realização de exames no Tribunal de Justiça no estado de origem do candidato ou candidata negra que não tenha recursos para realizar o deslocamento para entrega desses documentos. Isso poderia ocorrer, inclusive, em relação às etapas do concurso relacionadas às provas escritas e orais, garantindo-se, é claro, a autonomia do órgão responsável pelo certame.

Considerando a resistência que essa proposta pode gerar, o autor cita o exemplo do Exame Nacional do Ensino Médio, cujo processo é realizado mediante a aplicação de provas de maneira descentralizada, apesar da sua organização ser centralizada. Uma simples consulta ao site do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, do Ministério da Educação viabiliza o acesso a histórico simplificado do Enem. Trata-se de um Exame que foi objeto de aperfeiçoamento ao longo dos anos desde o seu surgimento em 1998, quando as provas foram aplicadas a 115.575 participantes em 184 municípios brasileiros.¹⁹⁶ Nesse sentido, é de fundamental relevância a observação de Wallace Corbo quanto à possibilidade do Conselho Nacional de Justiça auxiliar os Tribunais na dinâmica de aplicação das provas, criando condições de remessa segura das provas ao estado do Tribunal que seja

0>. Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁹⁵ LORRAN, Tácio. *No Brasil, negros são mais pobres, morrem mais e ganham menos que brancos*. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/no-brasil-negros-sao-mais-pobres-morrem-mais-e-ganham-menos-que-brancos>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁹⁶ BRASIL. INEP - MEC. *Enem Histórico*. Disponível em: <<portal.inep.gov.br/enem/historico>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

responsável pelo concurso. Quanto às provas orais, o autor ressalta que, durante a pandemia, houve algumas experiências de provas orais com a utilização de recursos de teleconferência para garantir a publicidade e transparência do processo.

A observação é relevante, pois é possível que, junto ao auxílio do Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça responsável permita a realização de provas orais em outros estados, com a utilização de servidores públicos e juízes de Tribunais de Justiça, garantindo-se, nesse sentido, a lisura do processo. É claro que todas essas medidas demandariam esforços políticos, atuação coordenada e revisão orçamentária do Poder Judiciário a nível nacional, federal e estadual. Porém, embora inusitadas, não representam algo que, em hipótese alguma, poderia se tornar concreto.

A partir das exposições realizadas até o presente momento, foi possível perceber que a realização de concursos públicos para o ingresso na carreira da magistratura, considerando a maneira como eles acontecem atualmente no Brasil, impõe uma série de barreiras visíveis e invisíveis à promoção da igualdade racial no que diz respeito ao acesso de pessoas negras aos cargos de magistrados. A reserva de vagas a candidatos negros representa uma proposta de solução à sub-representação de grupos historicamente marginalizados, como negros e indígenas, porém não podem ser vistas como soluções únicas para este problema que impacta a construção de decisões judiciais, a prestação jurisdicional e se reflete na manutenção da discriminação em suas dimensões indireta e de fato. Assim, a implementação de cotas raciais, com a reserva de vagas às pessoas negras, embora seja importante, tem se revelado insuficiente para a superação desses obstáculos. É preciso viabilizar medidas que, uma vez somadas à reserva de vagas, ampliem os seus efeitos.

Além disso, outra observação se faz necessária. Historicamente, o conteúdo programático inserido nos editais dos concursos da magistratura, não abrange perspectivas negras que combatem a lógica do racismo estrutural, o que torna possível um ciclo em que juízes seguem reverberando as mesmas perspectivas e ideias que não consideram as particularidades da negação de direitos à população negra no Brasil. Porém, uma iniciativa importante do Conselho Nacional de Justiça merece destaque e acompanhamento. Recentemente, através da Resolução CNJ nº 423, de 05 de outubro de 2021¹⁹⁷, houve a alteração da Resolução CNJ nº 75, de 12 de maio de 2009¹⁹⁸, que dispõe sobre os concursos

¹⁹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 423*, de 05 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

¹⁹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 75*, de 12 de maio de 2009. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/100>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

públicos da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional, com a inclusão de novos conteúdos inseridos sob a disciplina “Noções Gerais de Direito e Formação Humanística”, entre eles Direito Digital; Pragmatismo, Análise econômica do Direito e Economia comportamental; Agenda 2030 (inserido dentro de Teoria Geral do Direito e da Política) e o mais importante para fins do presente trabalho, Direito da Antidiscriminação.

A disciplina de Direito da Antidiscriminação foi organizada na Resolução da seguinte maneira:

1 – Conceitos Fundamentais do Direito da Antidiscriminação. 2 – Modalidades de Discriminação. 3 – Legislação antidiscriminação nacional e internacional. 4 – Conceitos Fundamentais do Racismo, Sexismo, Intolerância Religiosa, LGBTQIA+fobia. 5 – Ações Afirmativas. 6 – Direitos dos Povos indígenas e das comunidades tradicionais.

Ainda que não se saiba ao certo de que maneira o conteúdo será cobrado a longo prazo nas provas dos concursos públicos que venham a ser realizados, é certo que se trata de um avanço significativo e que deve ser acompanhado por pesquisadores do tema. A inclusão pode ser benéfica na medida em que faz com que os candidatos reflitam sobre discriminações que são reproduzidas cotidianamente nas relações interpessoais que se desenvolvem no sistema de justiça e sobre de que maneira o Poder Judiciário tem sido uma instância que reproduz institucionalmente o racismo, nas diversas esferas de prestação jurisdicional.

Nesse sentido, a inclusão da disciplina não deve levar os órgãos do Poder Judiciário a elaborarem questões que tenham por objeto apenas decisões consagradas nos tribunais, que reconheceram e promoveram avanços contra o racismo, mas também questões que tenham por objeto controvérsias sobre temas que geralmente são considerados abstratamente, mas que atravessam a temática racial e afetam de maneira desproporcional a população negra. Para tanto, é fundamental que haja a presença de examinadores internos e externos à estrutura do Poder Judiciário especializados na temática racial e que tenham uma trajetória consagrada na luta pelos direitos da população negra, evitando-se, assim, que a iniciativa seja influenciada diretamente pelo ímpeto de preservação e de legitimação do próprio Poder Judiciário através de uma blindagem acrítica. Isso contribuiria, inclusive, para avaliar a capacidade de raciocínio do candidato, que deve levar em consideração “a crescente interdisciplinariedade que é exigida dos magistrados na atuação jurisdicional”, aspecto apreciado na exposição de motivos da Resolução que deu origem à inclusão da disciplina nos concursos públicos da magistratura.

Assim, nesta seção, discutiu-se a falta de representatividade de grupos minoritários no quadro de membros do Poder Judiciário. No entanto, a proteção de direitos fundamentais de minorias também perpassa a necessidade de ampliar a influência desses grupos, integrantes

da sociedade civil, nos processos constitucionais. Com os julgamentos da ADPF n° 635 e n° 709, que questionam, respectivamente, a política de segurança pública do governo do Estado do Rio de Janeiro e a omissão do governo federal no combate ao coronavírus em territórios indígenas, a relevância dessa questão tornou-se ainda mais evidente.

3.2. Narrativas negras e permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal

Considerando todas as discussões já realizadas até o presente momento, cumpre analisar o campo processual de funcionamento da jurisdição constitucional como um todo. Assim, é preciso analisar os limites que o processo da jurisdição constitucional possui para ser permeável a perspectivas negras. Isso porque, segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça, sinalizado anteriormente, a equivalência de pessoas negras no quadro pessoal dos tribunais integrantes da estrutura do Poder Judiciário só poderá ser atingida entre os anos de 2056 e 2059. Assim, não há como traçar estratégias de enfrentamento ao racismo institucionalmente reproduzido no Poder Judiciário pautadas tão somente no percentual de representação que a população negra pode vir a atingir na carreira da magistratura. Sem abandonar a criação, ampliação e manutenção de iniciativas que visem atingir este objetivo, é preciso pensar nas limitações e possibilidades da permeabilização social do processo de jurisdição abstrata.

Até aqui, já foi possível perceber que o presente trabalho parte da perspectiva segundo a qual é necessário criar incentivos para que os tribunais se transformem progressivamente, de modo que, além de pensar em alternativas que contemplem perspectivas negras e reduzam obstáculos à participação e sucesso de candidatos negros nos concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura, é preciso pensar nos entraves que precisam ser superados no plano do processo constitucional para que seja possível garantir, por exemplo, que os ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda que brancos e, em sua maioria, homens oriundos de posições sociais privilegiadas em termos de classe, não ignorem completamente o que foi pautado por agentes que integram movimentos sociais ao longo dos julgamentos, permitindo-se, assim, a sua participação efetiva, considerando todas as limitações que o racismo estrutural impõe à transformação das instituições brasileiras e das relações que nelas se constituem.

Nesse sentido, a ampliação da participação dos movimentos negros no processo de jurisdição constitucional abstrata possibilita desvelar os instrumentos do que Thiago Amparo denominou de “tecnologia jurídica necropolítica”¹⁹⁹, possibilitando que sujeitos negros não apenas provoquem a reflexão crítica dos ministros do Supremo Tribunal Federal, mas conclamem os ministros do tribunal à responsabilização pelo controle e eliminação dos diversos instrumentos jurídicos utilizados à serviço do “poder de decidir sobre matar e deixar morrer”.

Ao tratar sobre a potência da posse da linguagem para sujeitos, Frantz Fanon destaca que falar é “assumir uma cultura, suportar o peso de uma civilização”²⁰⁰. Instrumento poderoso de emancipação, são inúmeros os mecanismos que produzem o silenciamento histórico da voz negra, impondo, para Grada Kilomba, um “senso de mudez e de medo”²⁰¹:

A boca é um órgão muito especial. Ela simboliza a fala e a enunciação. No âmbito do racismo, a boca se torna o órgão de opressão por excelência, representando o que as/os brancas/os querem – e precisam – controlar e, conseqüentemente o órgão que, historicamente, tem sido severamente censurado. Nesse cenário específico, a boca também é uma metáfora para a posse. Fantasia-se que o sujeito negro quer possuir algo que pertence ao senhor branco: os frutos, a cana-de-açúcar e os grãos de cacau. (...) É justamente nesse momento – no qual o sujeito afirma algo sobre a/o ‘Outra/o’ que se recusa a reconhecer em si próprio – que caracteriza o mecanismo de defesa do ego. No racismo, a negação é usada para manter e legitimar estruturas violentas de exclusão racial.

Assim, o uso da boca e a consciência sobre a potência emancipatória da linguagem pela população negra fortalece a sensação de pertencimento e possibilita a disseminação de denúncias, rompendo com um estado de coisas que permite “à branquitude olhar para si como moralmente ideal, decente, civilizada e majestosamente generosa, em controle total e livre da inquietude que sua história causa”²⁰². Por essa razão, é interessante a proposta de Thiago Amparo que defende a necessidade de descolonização do olhar sobre as violências que o Direito produz contra pessoas negras, não apenas a partir da análise de decisões judiciais e normas jurídicas, mas evidenciando o processo de atribuição de significado protagonizado pelos subalternizados, reposicionando-os na hierarquia de agentes de mudanças que a doutrina

¹⁹⁹ Nesse sentido, “necropolítica é uma tecnologia de poder; portanto, requer tecnologias que permitam a governabilidade soberana da morte. É um erro entender necropoder como uma massa amorfa e desorganizada de violações contra corpos negros; ao contrário, necropoder implica a estruturação meios de governabilidade centradas no poder de matar e deixar morrer. Neste sentido, requer uma gama de tecnologias que permitam a subjugação da vida”, sendo o Direito uma lógica que, assim como a política e economia, sustenta o necropoder. AMPARO, Thiago. A carne mais barata do direito: descolonizando respostas jurídicas à necropolítica. *Revista Culturais Jurídicas*, Niterói, v. 08, n. 20, p. 345-361, 2021, p. 350 e 353.

²⁰⁰ FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. São Paulo: Ubu, 2020, [e-book].

²⁰¹ KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019, p. 33-34.

²⁰² *Ibid.*, p. 37.

tradicional sobre as funções do Supremo Tribunal Federal acaba por estabelecer ao focalizar desproporcionalmente magistrados como indivíduos capazes de “empurrar a história”, reforçando, no plano epistêmico, uma postura intelectual que confere uma posição de passividade à movimentos negros e sujeitos negros no que diz respeito à transformação social e à eliminação dos mecanismos de manutenção das hierarquias raciais, de classe, gênero e sexualidades. Parafraseando Lélia Gonzalez, é preciso garantir que “o lixo fale, numa boa”²⁰³ em todos os espaços institucionais do Estado e que o desconforto causado por essa permeabilização social se converta em responsabilização e providências jurisdicionais efetivas.

A denúncia à invisibilidade da brancura e dos privilégios do poder de branquitude como tecnologia do necropoder que atravessa o Direito e é reforçado por normas jurídicas e decisões judiciais marcou a articulação de diversos movimentos de favela e organizações de direitos humanos frente ao Supremo Tribunal Federal, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 – intitulada ADPF Favelas pela Vida²⁰⁴, proposta em novembro de 2019 pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB, com a finalidade de cessar a violência policial nas comunidades do Rio de Janeiro.

Em razão da pandemia causada pela COVID-19, em maio de 2020, foi requerida a concessão de tutela provisória incidental visando que o Supremo Tribunal Federal determinasse a não realização de operações policiais durante a pandemia.²⁰⁵ A petição foi elaborada conjuntamente pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB e pela Defensoria Pública

²⁰³ Segundo aponta a intelectual e ativista do movimento negro: “na medida em que nós negros estamos na lata de lixo da sociedade brasileira, pois assim o determina a lógica da dominação, caberia uma indagação via psicanálise (...): por que o negro é isso que a lógica da dominação tenta (e consegue muitas vezes, nós o sabemos) domesticar? E o risco que assumimos aqui é o do ato de falar com todas as implicações. Exatamente porque temos sido falados, infantilizados (infans, é aquele que não tem fala própria, é a criança que se fala na terceira pessoa, porque falada pelos adultos), que neste trabalho assumimos nossa própria fala. Ou seja, o lixo vai falar, e numa boa.”. GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. *Revista Ciências Sociais Hoje*, p. 223-244, 1984, p. 225.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n.º 635*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://por.tal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

²⁰⁵ Os pedidos foram formulados no seguinte sentido: “(i) Que não se realize operações policiais em comunidades durante a epidemia do COVID-19, a não ser em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; (ii) Que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.”. Além disso, foi requerida a elaboração de plano de redução de letalidade policial; presença obrigatória de ambulâncias e equipes de saúde nas operações policiais; e instalação de equipamentos de GPS e sistemas de 25 gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos. É possível visualizar a petição através do link <<https://static.poder360.com.br/2020/06/pedido-comunidades.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2021, p. 24-25.

do Estado do Rio de Janeiro, Educação e Cidadania de Afrodescendentes Carentes – Educafro, Justiça Global, Associação Direito Humanos em Rede – Connectas Direitos Humanos, Associação Redes de Desenvolvimento da Maré, Instituto de Estudos da Religião – ISER e Movimento Negro Unificado – MNU, todos na qualidade de *amicus curiae* admitidos nos autos do processo. Até então a participação do Coletivo Papo Reto, do Movimento Mães de Manguinhos, da Rede de Comunidades e Movimentos contra a Violência, do Fala Akari e da Iniciativa Direito à Memória e Justiça Racial havia sido indeferida pela ausência de regularidade da representação processual, decisão que viria a ser reconsiderada em despacho de junho de 2020.

Nesse sentido, é importante a contribuição de Thiago Amparo, ao optar pela análise das narrativas levadas para o julgamento por organizações que tiveram a sua participação inviabilizada em um primeiro momento²⁰⁶, dialogando, assim, com as discussões a respeito do impacto das audiências públicas nos processos decisórios e com as capacidades institucionais dos *amicus curiae*, que são instrumentos de permeabilização do processo constitucional.

A manifestação de órgãos ou entidades que levam informações capazes de contribuir para o resultado decisório é hipótese de exceção à inadmissibilidade de intervenção de terceiros no processo constitucional objetivo, segundo entendimento que prevalece no Supremo Tribunal Federal, a partir da interpretação conferida ao art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999²⁰⁷, o qual se aplica analogicamente às ações declaratórias de constitucionalidade e às arguições de descumprimento de preceito fundamental, admitindo-se, no caso de processos constitucionais objetivos, apenas a participação de órgãos ou entidades, excluindo-se pessoas naturais.²⁰⁸

No caso da ADPF nº 635, de acordo com Thiago Amparo, os discursos realizados pelo Coletivo Papo Reto, Movimento Mães de Manguinhos, Rede de Comunidades e Movimentos contra a Violência, Fala Akari e Iniciativa Direito à Memória e Justiça Racial denunciaram a maneira pela qual a linguagem jurídica reforça a opressão direcionada à população negra e é utilizada como tecnologia da necropolítica. As organizações chamaram

²⁰⁶ Na decisão de indeferimento, as instituições são mencionadas em dois momentos, no primeiro para afirmar que “não juntaram cópias de seus estatutos sociais” e no segundo em que o Ministro Relator Edson Fachin afirmou que indeferiu o ingresso das organizações “ante a falta de regularidade da representação processual”. Não foi possível encontrar a petição em que houve o requerimento de ingresso, nem acessar a integralidade da decisão de reconsideração. De todo modo, o fato suscita reflexões sobre o acesso à justiça por movimentos sociais e a sua capacidade de mobilizar a linguagem jurídica para ampliar suas estratégias de conquista por direitos. BRASIL, op. cit., nota 201.

²⁰⁷ BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 08 dez. 2021.

²⁰⁸ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 234-236.

atenção para a ausência de apoio estatal a vítimas de letalidade policial e para a estigmatização da criminalização que encontra nos autos de resistência uma espécie de “ritualização da morte”²⁰⁹ que naturaliza a impunidade e a permissividade com o genocídio negro. Ademais, destacou-se a cultura do medo que está relacionada ao policiamento ostensivo. Sobre o assunto, mencionou-se um problema que não costuma ser objeto de preocupação na pauta que envolve a luta pela redução da letalidade policial direcionada à população negra: a omissão de órgãos que possuem a atribuição de realizar o controle externo, interno e judicial da atividade policial, especialmente no que se refere ao Ministério Público e às Corregedorias.

Os atores jurídicos levaram ao Supremo Tribunal Federal, ainda, uma nova leitura sobre o conteúdo do direito à vida e à propriedade. Em uma sociedade em que impera o poder de decisão sobre a morte, faz sentido que, apesar de todo o constrangimento que essa compreensão deveria provocar nas instituições oficiais do Estado, o direito à vida seja “uma reivindicação não somente do direito a não ser morto, mas o direito a não ser submetido ao terror generalizado da violência estatal na forma de policiamento” e que uma análise da garantia do direito à propriedade no Brasil exponha uma série de contradições, entre elas o fato de que, quando sujeitos negros são os destinatários de decisões que tenham por objeto a análise do conteúdo desse direito, há propensão maior à sua relativização, gerando uma “zona peculiar onde a exceção não é ilícita, mas apenas excepcional”, apesar da proteção à propriedade ser um dos pilares do direito liberal, constituindo a casa um “asilo inviolável do indivíduo”.²¹⁰

A liminar foi parcialmente concedida pelo Ministro Relator Edson Fachin e o Plenário do Supremo Tribunal Federal a referendou em agosto de 2020, para determinar

(i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco

²⁰⁹ Nesse sentido, Thiago Amparo destaca que “para viabilizar a guerra a corpos e territórios negros não é necessário que as forças policiais pratiquem ilegalidades; é na verdade plausível que a polícia reescreva na prática policial o que entende por garantia legais, o que permite que o policial pense que esteja cumprindo a lei ao mesmo tempo em que a descumpra repetidamente. O campo jurídico carece de pesquisas que analisem a percepção do policial sobre o seu dever legal (PINC, 2014), bem como o campo de pesquisa sobre policiamento carece de pesquisas que percebam a visão do policial como parte da construção do direito e não somente como subcultura policial à margem das regras jurídicas.”. AMPARO, op. cit., p. 357.

²¹⁰ Ibid., p. 353.

ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Em 14 meses desde a concessão da tutela provisória pelo Ministro Edson Fachin, foram registrados 1.500 mil óbitos durante operações policiais no estado do Rio de Janeiro, sendo a média de 3,4 mortes por dia. Foram registradas 59 chacinas na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, conforme a plataforma Fogo Cruzado, sistema que reúne notificações de operações policiais e define chacina pela ocorrência de três ou mais mortes na mesma ocorrência.²¹¹ Apura-se que, comparando-se o período de um ano e cinco meses após à concessão da liminar e anterior à ADPF, houve uma redução de 35% no número de mortos e de 33% no de feridos em tiroteios durante ações policiais, que passou de 1.178 para 769 e de 1.353 para 912. No entanto, a crescente desobediência à decisão tem gerado o aumento de operações e, com isso, o aumento da letalidade policial, reduzindo, portanto, o impacto da medida.²¹²

Outra discussão relevante que contribui para a permeabilização institucional do Supremo Tribunal Federal diz respeito à necessidade de conferir uma interpretação extensiva ao artigo 103, inciso IX, da CRFB/88, que trata do rol de legitimados ativos para a propositura de ações de controle concentrado e abstrato.

Segundo foi possível observar conforme o primeiro capítulo do presente trabalho, a origem do controle de constitucionalidade concentrado está relacionada à criação da representação de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965, cuja legitimidade era restrita ao Procurador Geral da República, de modo que o entendimento que prevalecia no Supremo Tribunal Federal durante o período pré-1988 era no sentido de que a propositura da ação pelo PGR consistia em um poder discricionário. Após, a Constituição de 1988 ampliou o rol de legitimados ativos para a propositura das ações de controle de constitucionalidade abstrato. Com isso, as entidades de classe de âmbito nacional passaram a ter legitimidade ativa para propor ações dessa natureza.

²¹¹ BRASIL, Filipe; COELHO, Henrique. *Em 14 meses de restrições nas operações, policiais do RJ mataram 1,5 mil pessoas; STF julga medida nesta quinta*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/11/25/em-14-meses-de-restricoes-nas-operacoes-policiais-do-rj-mataram-15-mil-pessoas-stf-julga-medida-nesta-quinta.ghtml>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

²¹² “Contudo, a decisão do Supremo vem paulatinamente perdendo a eficácia. O descumprimento reiterado da liminar fez com que o número de operações policiais em 2021 superasse as ocorrências do período anterior ao deferimento da decisão, culminando com a intervenção no Jacarezinho pela Polícia Civil, em 6 de maio de 2021, que resultou na morte de 28 pessoas, das quais um policial e as demais vítimas de homicídio decorrente da ação policial. Pelo número de vítimas, o massacre do Jacarezinho é considerado a operação policial mais letal da história do Rio de Janeiro.” LOPES, Daniel; ROCHA, Maria Julia. *ADPF 635 viabiliza investigação independente do massacre do Jacarezinho*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/adpf-635-investigacao-massacre-jacarezinho-23112021>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

No entanto, a construção jurisprudencial a respeito do artigo mencionado, foi na contramão da vontade constitucional de democratização do acesso ao STF.²¹³ A caracterização de entidades de classe de âmbito nacional segundo a construção jurisprudencial histórica do Tribunal dependeria da presença dos seguintes elementos²¹⁴:

(i) a demonstração do alcance nacional da associação, por meio da comprovação de afiliados presentes em ao menos nove Estados da Federação, em analogia à Lei dos Partidos Políticos; (ii) a representação de uma classe, caracterizada por filiados ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional, por aplicação analógica da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, art. 920); (iii) a existência de pertinência temática entre o objeto da entidade e o direito defendido por meio da ação.

Contraditoriamente, tanto o requisito da pertinência temática quanto o requisito de representação em nove estados são relativizados pelo Supremo. No que diz respeito à pertinência temática, tem se admitido a denominada “pertinência temática indireta”.²¹⁵ Já em relação ao entendimento sobre “âmbito nacional”, a relativização se deu, por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2866, em que o STF entendeu pela legitimidade ativa da Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal - ABERSAL, sob o fundamento de que o consumo de sal seria de interesse nacional.²¹⁶ Segundo Rodrigo Brandão e Daniel Capecchi, essas relativizações ocorrem tendo por beneficiárias entidades de cunho profissional e econômico, consistindo em uma síntese constitucional negativa, em que entidades que foram classificadas pelo STF como de defesa dos interesses difusos e coletivos eram compreendidas como ilegítimas.²¹⁷ Essa construção jurisprudencial é problemática por diversas razões.

Uma delas, apontada por Daniel Capecchi e Rodrigo Brandão, relaciona-se à imprecisão do discurso relacionado à sobrecarga da atividade do Supremo Tribunal Federal.

²¹³ Inicialmente, o tribunal constitucional realizou uma diferenciação entre legitimados universais e legitimados especiais, estabelecendo, assim, que àqueles incumbiria a tarefa de comprovar a pertinência temática. Com essa interpretação, entidades de classe de âmbito nacional adquiriram um papel sem protagonismo no que diz respeito à deflagração do controle de constitucionalidade abstrato. Além disso, o STF começou a construir jurisprudência a respeito da definição de “âmbito nacional”, que, segundo entendimento expresso no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 42 deveriam possuir representação direta da categoria e homogeneidade de interesses entre os membros que a integravam. Com o julgamento da ADI nº 894, estabeleceu-se a necessidade de que as entidades de classe de âmbito nacional representassem interesses profissionais e econômicos, sem amparo constitucional. Por fim, houve a aplicação analógica da Lei dos Partidos Políticos para afirmar a necessidade de comprovação de que a entidade de classe possuiria filiados em, pelo menos, nove estados.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 527*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

²¹⁵ BRANDÃO; CAPECCHI, op. cit., p. 175.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2866*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2110882>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

²¹⁷ BRANDÃO; CAPECCHI, op. cit., p. 180.

Essa questão, como foi possível verificar no primeiro capítulo do presente trabalho, se apresenta no discurso sobre “a crise do STF” desde o início do século XX e tem sido “instrumentalizada pelo desejo de controlar a atuação de juízes e tribunais”²¹⁸. No entanto, há algumas razões pelas quais esse argumento precisa ser problematizado. Primeiro, porque, se este raciocínio for seguido, o aumento das hipóteses nas quais entidades de classe econômicas e profissionais homogêneas de âmbito nacional podem acessar o controle de constitucionalidade abstrato em razão da relativização dos critérios relativos à pertinência temática e à atuação em âmbito nacional mantém o risco de sobrecarga.²¹⁹ Segundo, diante da quantidade reduzida de processos relacionados ao controle concentrado e abstrato que tramitam no STF, se levado em consideração todo o acervo que diz respeito a competência recursal do Tribunal.²²⁰

Em 2018, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527, o Ministro Luís Roberto Barroso reconheceu a legitimidade de entidade LGBT para propor ação de controle de constitucionalidade concentrado. Na oportunidade, o Ministro conheceu da ação considerando a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – AGBT como entidade de classe de âmbito nacional defensora de direitos fundamentais da comunidade LGBT. Superados os requisitos do caráter nacional e da existência de pertinência temática entre os seus objetivos e a providência requerida, a controvérsia consistiu no fato de que a entidade não contava com afiliados que exercessem atividade econômica ou profissional, e não se amoldava ao conceito de entidade de classe de âmbito profissional ou econômica preconizado pela jurisprudência tradicional do Tribunal. Destaca-se as três razões pelas quais, segundo o Ministro Luís Barroso, a construção da interpretação restritiva sobre o conceito de “classe” não mais subsistiria, alinhando-se ao entendimento que diversos constitucionalistas vêm defendendo há anos.

De acordo com o Ministro Relator, é preciso realizar uma interpretação teleológica e sistemática do artigo 103, IX, CRFB/88 com outros dispositivos que visaram ampliar o

²¹⁸ Ibid., p. 168.

²¹⁹ Ibid., p. 186-187.

²²⁰ “Dentro do número total de processos que chegaram ao STF entre 1988 e 2009, os que dizem respeito a sua persona de corte constitucional perfazem a pequena quantia de 0,51% (6.199 processos). Os recursos, por sua vez, representam 91,69% (1.120.597) do que chega ao Tribunal e os processos classificados como ordinários 7,8% (95.306 processos)”. Ibid., p. 182. Nesse sentido, “o que se vislumbra é que a participação das entidades de classe, em relação à atuação na defesa das chamadas pautas sociais, é ainda bem tímida (11,97%), não representando nem mesmo um quinto (1/5) dos grandes temas que elevam à Corte”. O que prevalece, em termos de entidades de classe por pauta, são as administrativas (32,52%) ou institucionais (28,18%). MARQUES, Edson. *A representação dos hipossuficientes no controle abstrato de constitucionalidade: O acesso à jurisdição constitucional pelos carentes de recursos*, 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018.

diálogo entre o Tribunal e a sociedade civil e os movimentos sociais. A CRFB/88 estabeleceu um sistema de proteção dos direitos fundamentais por meio do controle abstrato e concentrado, preocupou-se com as particularidades dos grupos vulneráveis²²¹ e estabeleceu mecanismos de participação direta da sociedade civil²²².

Além disso, percebe-se que a interpretação restritiva do artigo 103, IX, da CRFB/88 é incompatível com a ideia de que o controle judicial se justificaria em razão de uma atuação contramajoritária. Nesse sentido, destaca-se a contradição²²³

Se o controle de constitucionalidade, inclusive em sua modalidade abstrata, tem a função de garantir a defesa dos direitos de grupos minoritários, uma interpretação dos dispositivos que regulam seu acesso que afaste tais grupos está em franco desacordo com a visão democrática vigente. Em outras palavras, não é possível afirmar, de maneira coerente, que um dos elementos que justifica a chamada atuação “contramajoritária” do Tribunal é a proteção de minorias, ao mesmo tempo em que são criadas barreiras intransponíveis para que tais minorias tenham acesso a uma das mais relevantes esferas de jurisdição da Corte. A jurisprudência atualmente vigente acerca do conceito de entidade classe vai na contramão das próprias razões que são utilizadas para legitimar o papel exercido pelo Tribunal no âmbito do controle judicial de constitucionalidade.

Essa contradição foi observada pelo Ministro Relator da ADPF nº 527, segundo o qual a via do controle concentrado seria a mais rápida para a realização da “missão institucional” do Supremo Tribunal Federal com relação à proteção dos direitos fundamentais, além de ter como benefícios o reconhecimento e a imediata suspensão do ato que viole direitos e a possibilidade do proferimento de decisões com efeitos vinculantes e gerais, de observância obrigatória pelo Judiciário e pela Administração Pública.²²⁴

Essa observação é importante, já que revela uma das inúmeras razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal é um instrumento importante a ser considerado por movimentos sociais que se utilizam da linguagem jurídica para a realização dos avanços a que se dirigem. No entanto, é preciso levar em consideração que a superação de um obstáculo à democratização do processo de jurisdição abstrata não legitima por si só a atuação contramajoritária do tribunal. Além de todas as razões que foram objeto de reflexão nesta monografia, há outros obstáculos que impedem a sua realização plena, como a ausência de

²²¹ “Nesse sentido, previu que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República (art. 1º, III). Estabeleceu normas protetivas: dos reconhecidamente pobres (CF/1988, arts. 3º, III, 5º, LXXVI), de crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência (CF/1988, art. 203). Garantiu a liberdade de religião e de expressão (CF/1988, art. 5º, VI, VII e VIII). Vedou a discriminação em razão de raça, gênero ou cor (CF/1988, art. 3º, IV). Protegeu indígenas (CF/1988, art. 231) e comunidades tradicionais (CF/1988, arts. 215 e 216).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MC ADPF nº 527*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314765393&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2021. p. 10.

²²² Como a ação popular, a iniciativa popular de lei, o plebiscito e o referendo.

²²³ BRANDÃO; CAPECCHI, op. cit., p. 188.

²²⁴ BRASIL, op. cit., nota 218. p. 10.

regulamentação de audiências informais privadas entre as partes e seus representantes judiciais e os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Segundo aponta Juliana Cesário Alvim²²⁵, a discussão tem sido formulada em termos corporativos, uma vez que os despachos informais constituem um direito do advogado, previsto no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil e um dever do magistrado, segundo a Lei Orgânica da Magistratura. Geralmente, ao longo da interpretação a respeito do assunto, não são priorizados os aspectos de violação aos direitos das partes, em termos de acesso à justiça, dos princípios do contraditório e da ampla defesa e da publicidade enquanto princípio que deve nortear a atuação da administração pública, bem como os atos processuais no âmbito do processo civil constitucional.

As controvérsias envolvendo a realização de despachos ainda não foram julgadas pelo STF²²⁶ e, apesar de algumas propostas no âmbito do Poder Legislativo²²⁷, não há um detalhamento na legislação quanto ao seu procedimento, que é definido pelo magistrado no caso concreto. Assim, atualmente não há um critério público e uniforme a respeito do agendamento dessas reuniões, no que se refere ao canal a ser utilizado para a realização da solicitação e prazo de resposta, bem como no que diz respeito à seleção dos casos que reclamam a inclusão do procedimento na agenda dos ministros. Destaca-se, ainda, que não há notificação da parte contrária e tampouco registro dos pontos que foram discutidos nos autos do processo: sequer há um registro geral para oportunizar o acesso à informação dos despachos que foram realizados, pois em muitos casos não há divulgação da agenda dos ministros ou esta ocorre de maneira incompleta sem que sejam listados tanto os despachos

²²⁵ GOMES, Juliana Cesario. Cancelas invisíveis: “embargos auriculares”, legitimidade ativa e a permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 55-82, 2020.

²²⁶ *Ibid.*, p. 70-71. No bojo da ADI nº 4330, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais pretendia a declaração de inconstitucionalidade do artigo 7º, inciso VIII, da Lei federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dá ao advogado o direito de dirigir-se diretamente aos magistrados judiciais, independentemente de horário marcado com antecedência ou outra condição. Alegava-se que a matéria deveria ser regulada em lei complementar, além de violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da duração razoável do processo, pela desnecessidade de que seja dada ciência à parte contrária. Em agosto de 2020, foi negado seguimento à mencionada ação direta de inconstitucionalidade por ilegitimidade ativa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4330*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3790644>>. Acesso em: 2 dez. 2021. Há, ainda, proposta de emenda ao Regimento Interno do STF, cujo julgamento foi interrompido em 2009, sem retorno até o presente momento.

²²⁷ *Ibid.*, p. 66. No âmbito do Poder Legislativo, o Projeto de Lei nº 6.732, da Câmara dos Deputados, que pretendia o prévio agendamento e a notificação da parte adversa no prazo de cinco dias foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça. Durante os debates legislativos sobre a reforma do Código de Processo Civil, foi aprovada inclusão de dispositivo que previa a necessidade de que fosse conferida publicidade ao comparecimento informal das partes, com registro nos autos do dia, horário e nomes daqueles que estiveram presentes, no entanto, houve rejeição pelo Senado sem consideração de todos os princípios justificadores, como a publicidade dos atos públicos, contraditório e imparcialidade.

quanto as reuniões informais que são realizadas fora do gabinete dos ministros. Nesse sentido, a questão enuncia uma violação da igualdade, na medida em que:

em um mesmo processo, algumas partes poderão ter acesso pessoal e privado a seus julgadores enquanto outras não. Esse fenômeno é ainda mais grave quando tais encontros ocorrem extraoficialmente, fora do alcance de qualquer tipo de formalidade oficial ou controle público, ameaçando o fundamento básico da ideia de Estado de Direito segundo o qual as mesmas regras devem ser aplicadas independentemente de quem sejam partes.²²⁸

Apesar manifestações dos ministros do Supremo Tribunal Federal que se posicionam pela valorização da participação da sociedade na jurisdição constitucional, a autora destaca que as portas do tribunal não estão abertas para todos. Assim, é essencial que os ministros do tribunal fortaleçam uma posição institucional que assuma o protagonismo das mudanças que permitirão a eliminação dos obstáculos processuais que promovem a desigualdade de acesso à justiça. Se por todas as razões enunciadas no presente trabalho não é possível afirmar que os ministros do tribunal compõem um grupo de vanguarda iluminista, a assunção da responsabilidade pelas transformações necessárias para promover a permeabilidade social junto a uma atuação efetiva nesse sentido é o mínimo que deve compor o horizonte de expectativas com relação ao comportamento do Supremo Tribunal Federal em um Estado Democrático de Direito. No caso das audiências informais ou despachos, há proposta de regulamentação que impõe a participação da parte contrária nos despachos através de emenda ao Regimento Interno do STF, cujo julgamento foi interrompido em 2009, sem retorno até a finalização deste trabalho. Com a retomada do processo administrativo, o Supremo Tribunal Federal poderia efetuar, ainda, a regulamentação do procedimento para a sua solicitação do despacho ou reunião informal, dos critérios para o seu atendimento e determinar a sua divulgação pública.²²⁹

De todo modo, no julgamento da ADPF nº 527, o Ministro Luís Roberto Barroso ressaltou outra problemática da interpretação majoritária alinhada à restrição do acesso de entidades relacionadas aos direitos de grupos submetidos a condição de vulnerabilidade ao processo constitucional abstrato. Essa interpretação faz com que grupos historicamente oprimidos dependam do acolhimento de demandas pelo Ministério Público, OAB ou outros legitimados universais, na medida em que²³⁰ :

²²⁸ Ibid., p. 73.

²²⁹ Ibid., p. 77.

²³⁰ BRASIL, op. cit., nota 218. p. 10.

a instituição que proporá a ação e defenderá tais direitos, se o fizer, não será aquela composta por quem experimenta as suas violações. O legitimado não terá uma perspectiva própria sobre a experiência de vulnerabilidade, discriminação e invisibilidade que se pretende corrigir. Nessas condições, os grupos minoritários, que já não têm voz nas instâncias majoritárias, perdem o seu “lugar de fala” também no Judiciário.

Em “Resenha: ‘O que é lugar de fala?’ e por que ele importa para o Direito?”²³¹, Wallace Corbo destaca que pensar o lugar de fala no Direito significa, em primeiro lugar, refletir sobre quais perspectivas estão sendo reproduzidas no discurso jurídico, o que implica em assumir que há o apagamento de narrativas negras. Além disso, significa pensar em mecanismos capazes de pluralizar os espaços de produção do conhecimento jurídico e as instituições jurídicas. Refletindo sobre a discussão proposta por Djamila Ribeiro a respeito do conceito de lugar de fala, o autor ressalta a sua relevância “para que se permita dar voz a quem nunca pode falar ou – falando – nunca ocupou espaços privilegiados em que a fala é efetivamente ouvida”.²³²

Além disso, “ter lugar de fala” não significa ter exclusividade do discurso, porque trata-se de uma questão, sobretudo, estrutural. A construção dos discursos pelos grupos sociais ocorre segundo as suas vivências, realidades e pano de fundo próprios, o que significa dizer que diferentes grupos sociais manifestam-se de maneiras diversas, de modo que as suas contribuições e reflexões são influenciadas pela sua sociabilidade. Vale dizer: todos tem um lugar de fala específico que precisa ser localizado e enunciado. Sendo assim, não há como concordar com a ideia de que “o legitimado não terá uma perspectiva própria sobre a experiência de vulnerabilidade, discriminação e invisibilidade que se pretende corrigir”. Isso porque as instituições jurídicas têm uma perspectiva sobre as experiências daqueles que encontram-se na zona do não-ser, mas limitada pelo *ethos* e pelos valores compartilhados institucionalmente. Daí a importância de promover mudanças para que a população negra, periférica, de mulheres e pessoas LGBTQs não percam a sua oportunidade de acesso e de fala no Poder Judiciário.

No julgamento, a questão também foi analisada à luz da violação da igualdade e do impacto desproporcional que gera sobre grupos vulneráveis. Isso porque, a princípio, a expressão “entidade de classe de âmbito nacional” seria aplicada sem distinções a qualquer associação, com viés neutro. No entanto, tem gerado impacto desproporcional sobre grupos historicamente oprimidos e vulneráveis, por privilegiar entidades de cunho profissional e

²³¹ CORBO, Wallace. Resenha: “O que é lugar de fala?” e por que ele importa para o Direito? *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 248-251, 2018.

²³² *Ibid.*, p. 249.

econômico que já tem acesso e podem defender seus interesses em outras esferas de poder majoritárias, no âmbito representativo.²³³ Nesse sentido, destacando outros votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, em que se evidenciou a ausência de permeabilidade social do STF no que diz respeito a propositura de ações diretas, sustentou que entidades de classe de âmbito nacional devem ser “aquelas que, tendo comprovado seu caráter nacional, reúnam membros unidos por vínculo de natureza econômica, profissional ou pela defesa de direitos de grupos minoritários e vulneráveis de que façam parte”²³⁴.

No ano de 2020, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), em articulação com diversos partidos políticos, propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709²³⁵, tendo em vista o alto risco de contágio e possibilidade de extermínio de etnias indígenas em razão das omissões e falhas do governo federal no que diz respeito a políticas públicas de combate à COVID-19 com foco na proteção dos direitos dos povos indígenas. O Ministro Relator Luís Roberto Barroso proferiu decisão, em julho de 2020, na qual deferiu parcialmente as cautelares determinando, por exemplo, a realização de plano emergencial pela União com a previsão de criação de barreiras sanitárias e a elaboração e monitoramento do Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, de maneira conjunta pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, o qual também deveria incluir medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação a comunidades indígenas ou outra medida para impedir o contato.

A propositura da ADPF por uma organização indígena sindical também contribuiu para a superação da interpretação restritiva do artigo 103, IX, da CRFB/88. A medida cautelar foi submetida a referendo do Pleno do Supremo Tribunal Federal. Alguns ministros enfrentaram a questão da legitimidade ativa da APIB para a propositura da ação de controle concentrado.

Ao decidir, o Ministro Luís Roberto Barroso destacou que, pelo fato de representar comunidades indígenas, a Associação se beneficiaria da flexibilização da jurisprudência do Tribunal a respeito do que seriam as entidades de classe de âmbito nacional. Na oportunidade, mencionou que a interpretação restritiva revela a jurisprudência defensiva do STF formada no pós-promulgação da Constituição de 1988 e destacou que o melhor entendimento sobre o

²³³ BRASIL, op. cit., nota 218. p. 14.

²³⁴ Ibid., p. 15.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 709*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

conceito de entidade de classe deveria ser aquele expresso na oportunidade de concessão da cautelar no bojo da ADPF nº 527.

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, ao tratar sobre a questão da legitimidade ativa da APIB, além de reconhecê-la, assumiu, de certa maneira, um compromisso com a mudança de entendimento a respeito do significativo de entidade de classe de âmbito nacional²³⁶:

Em boa hora, portanto, a Corte deve rever seu posicionamento mais formalista, a fim de possibilitar que também as associações como a Autora, representativa de um grupo minoritário que pretende a defesa de seus direitos fundamentais, possa atuar como legitimada ativa para a propositura de ações de controle concentrado.

Por sua vez, a Ministra Rosa Weber mencionou²³⁷ :

[...] que não se pode negar à Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, instância de referência nacional do movimento indígena no Brasil instituída em 2005, com representação em todos os estados brasileiros, legitimidade ativa ad causam para a presente ação, na condição de entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, IX, da CF).

Alguns elementos que merecem atenção no trecho são “referência nacional”, “instituída em 2005” e “representação em todos os estados brasileiros”. É interessante como esses elementos são utilizados para reforçar a legitimidade ativa da instituição, embora não sejam requisitos consolidados na jurisprudência do tribunal e tampouco consagrados na Constituição da República. Explica-se. A menção, pela Ministra Rosa Weber, à instituição da APIB desde 2005 é problemática porque não há qualquer requisito nesse sentido expresso na Constituição da República ou a sua referência na jurisprudência do tribunal. Além disso, a ideia de representação em todos os estados brasileiros, ao mesmo tempo em que reforça o entendimento segundo o qual há necessidade de demonstração do alcance nacional da associação, por meio da comprovação de afiliados presentes em ao menos nove Estados da Federação, pode ser interpretada em um sentido mais restritivo que a aplicação analógica da Lei de Partidos Políticos demanda.

Sobre a expressão “referência nacional”, destaca-se que, de fato, é importante que o Supremo Tribunal Federal reconheça a legitimidade ativa de formas de organização coletiva que sejam representativas dos interesses do grupo atingido pelo objeto da demanda. No entanto, é preciso que haja certa parcimônia, já que, pelas razões expostas nesse trabalho, existem limitações que complexificam o juízo dos ministros do STF sobre quais organizações seriam referência e mais representativas dos interesses relativos à luta por direitos de grupos

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Ibid., p. 117-118.

que sofrem um processo histórico de marginalização. Nesse sentido, o reconhecimento ou não da legitimidade ativa de determinada organização coletiva poderia ser influenciado pela proximidade ou distanciamento desta em relação aos membros do Supremo Tribunal Federal. Pelo exposto, percebe-se que isso já ocorre na realidade do Tribunal, uma vez que, no âmbito do controle abstrato, as corporações de interesse de agentes públicos ou de concessionárias de serviços públicos são as entidades com mais expressão. A Associação dos Magistrados Brasileiros, por exemplo, foi a maior entidade de classe de âmbito nacional proponente em levantamento que considerou ações propostas desde o ano 2000 - foram 142 ADIs, um total de 15,04%.²³⁸ Nada impede a reprodução deste cenário, em alguma medida, no âmbito das entidades de defesa dos direitos humanos e interessadas em questões sociais, de raça, classe e gênero.

No caso da ADPF nº 709, foi possível visualizar, ainda, outra especificidade, pois os ministros argumentaram que, ainda que a APIB não esteja constituída como pessoa jurídica, à situação concreta se aplicaria o artigo 203, da CRFB/88, que garante aos povos indígenas a representação judicial e direta dos seus interesses. Embora o reconhecimento desse direito seja fundamental e importante, no caso concreto, a sua utilização soou como mais um argumento de reforço para afirmar a legitimidade ativa da APIB. Isso porque, apesar do reconhecimento da necessidade de ampliação do entendimento acerca das entidades legitimadas, persiste uma dificuldade de conferir um tratamento isonômico entre as organizações coletivas que possuem como agenda questões sociais e a promoção dos direitos humanos e as entidades de classe de cunho profissional ou econômico.

A situação complica ainda mais quando percebe-se que, no julgamento que referendou a medida cautelar concedida no bojo da ADPF nº 709, muitos ministros não se manifestaram de maneira individualizada e específica quanto à questão, o que dificulta o entendimento sobre a posição do tribunal pleno sobre o assunto. O Ministro Gilmar Mendes não enfrentou a questão da legitimidade ativa em que pese seu voto ter sido extenso no que diz respeito ao cabimento da ação, se limitando a conhecer da ADPF quanto à legitimidade por ter sido ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB); Partido Socialismo e Liberdade (PSOL); Partido Comunista do Brasil (PC do B); Rede Sustentabilidade (Rede), Partido dos Trabalhadores (PT); e Partido Democrático Trabalhista (PDT), que seriam legitimados universais, não havendo necessidade de demonstração da pertinência temática. O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, não fez maiores considerações em relação à

²³⁸ MARQUES, op. cit., p. 103.

admissibilidade da ação de uma maneira geral, no que diz respeito a legitimidade e à presença do requisito da subsidiariedade da ADPF, se limitou a acompanhar “integralmente o eminente Ministro-Relator sem a necessidade de nenhum acréscimo às bem lançadas razões e fundamentações de Sua Excelência”. Também foi nesse sentido o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, Luiz Fux e Marco Aurélio.

Diego Werneck destaca que é possível vislumbrar no Supremo Tribunal Federal um cenário em que os poderes dos quais o tribunal dispõe para atuar na dinâmica política – relativos à tomada de decisão, sinalizações públicas e definição de agenda – são exercidos de maneira individual e descentralizada, dificultando a adoção de uma posição institucional fortalecida. Assim, frequentemente as decisões em sede liminar são utilizadas sem que haja a sua apreciação posteriormente pelo plenário. Além disso, essa forma de funcionamento do tribunal torna os ministros do Supremo Tribunal Federal ainda mais suscetíveis a serem alvos de captura por determinados grupos com interesses específicos.²³⁹ No caso concreto, a decisão liminar foi confirmada pelo Plenário. No entanto, a ausência de manifestação específica e individualizada sobre a controvérsia a respeito do conceito de entidade de classe impede que haja um entendimento transparente sobre a posição institucional do STF, o que contribui para que a admissibilidade de ações propostas por entidades com agenda pela diminuição da desigualdade racial e redução dos instrumentos que promovem o extermínio negro, assim como as demais entidades que atuam pela defesa dos direitos das mulheres, de LGBTs e de todos que são empurrados para a periferia da sociedade brasileira, permaneça em uma zona de incerteza.

Ao longo deste capítulo, foi possível visualizar que, em termos de representação identitária, o Poder Judiciário está longe de atingir a igualdade racial. Além disso, se a ausência de perspectivas negras acompanha a formação em Direito nas universidades brasileiras, esse problema possui reflexos no processo de formação de jovens magistrados, o que impacta o desenvolvimento da prestação jurisdicional no Brasil. Nesse sentido, um importante avanço foi a aprovação da Resolução CNJ nº 423, de 05 de outubro de 2021, que alterou a Resolução CNJ nº 75, de 12 de maio de 2009, para inserir a disciplina de Direito da Antidiscriminação nos concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura, o que demanda acompanhamento e especial atenção.

²³⁹ ARGUELHES, Diego; RIBEIRO, Leandro. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático Brasileiro. Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018, p. 30.

Além disso, do ponto de vista do processo de jurisdição abstrata, destacou-se, apesar da doutrina tradicional recusar a possibilidade do Supremo Tribunal Federal atuar como porta-voz das elites, utilizando como principais fundamentos o julgamento de importantes ações que tinham por objeto o direito de grupos historicamente oprimidos, inclusive a população negra, como no caso da ADPF nº 186, a realidade aponta para o fato de que o tribunal, ao atuar pautado na seletividade social do acesso, acaba reproduzindo uma dinâmica que privilegia os grupos que detém poder político e econômico. Foi possível vislumbrar que o reconhecimento do racismo e das desigualdades em determinadas ações não é capaz de, por si só, legitimar, do ponto de vista democrático e social, a atuação do tribunal, sendo possível que o vocabulário dos ministros seja informado pelo reconhecimento das opressões e, ainda assim, o produto das decisões tenha impacto desproporcional negativo sobre a população negra. Diferentemente do que é defendido pela doutrina tradicional, o presente trabalho se alinha à perspectiva de que o Supremo Tribunal não incorpora de maneira isonômica as vozes de atores distintos.

Ademais, a doutrina tradicional também entende que a busca pela separação entre direito e política deve ser substituída pela busca da preservação das especificidades de cada Poder. A leitura racialmente informada que foi realizada no presente trabalho demonstra que, de fato, a relação entre os dois campos é complexa e que a busca pela preservação das especificidades de cada Poder ao longo de sua atuação tem sido influenciada pelos pactos narcísicos de branquitude. No caso do Poder Judiciário, o reconhecimento do racismo e a enunciação de sua responsabilidade para a redução dos instrumentos que agravam o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, por exemplo, convive com um resultado decisório no qual impera a omissão e o enfraquecimento de mecanismos que permitiriam a transformação gradual do cenário de violação sistemática de direitos fundamentais e do modelo de segurança pública que, no Brasil, se desenvolve de maneira racialmente enviesada.

Por fim, tratou-se, ainda, do fato de que a participação de movimentos negros e de favela no processo de jurisdição abstrata, além de evidenciar as tecnologias do necropoder, a exemplo dos discursos do Coletivo Papo Reto, do Movimento Mães de Manguinhos, da Rede de Comunidades e Movimentos contra a Violência, do Fala Akari e da Iniciativa Direito à Memória e Justiça Racial, admitidos como *amicus curiae* na ADPF nº 635, é fundamental para que haja uma transformação sobre a percepção dos atores jurídicos que, de fato, são capazes de empurrar a história enquanto sociedade civil organizada.

A respeito da ausência de permeabilidade social do Supremo Tribunal Federal, destacou-se também que, apesar de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal adotarem uma postura de reconhecimento da necessidade de ampliação do conceito de entidade de classe previsto no artigo 103, inciso IV, da CRFB/88, há um cenário de atuação individual descentralizada que dificulta a revisão da jurisprudência sobre o assunto. Além disso, a utilização de argumentos de reforço para afirmar a legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, ao longo do julgamento da ADPF nº 709, pode indicar a aplicação de outros requisitos que sinalizam um distanciamento da igualdade que se pretende atingir em termos de acesso à propositura das ações de controle de constitucionalidade abstrato. Caso haja, no futuro, a consolidação da revisão de jurisprudência sobre o assunto, com o estabelecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de um conceito mais amplo de entidade de classe de âmbito nacional, é preciso que o tribunal se volte à superação de outros obstáculos processuais, a exemplo da ausência de regulamentação de audiências informais entre advogados e ministros.

CONCLUSÃO

A doutrina tradicional tem afirmado que a atuação independente do Poder Judiciário e a dinâmica efetiva de seu papel republicano com relação à garantia dos direitos individuais e dos valores que estruturam e garantem o jogo democrático são construções recentes. Essa ideia permite o desenvolvimento da perspectiva segundo a qual houve um grande período em que, seja pela ausência de garantias previstas em leis e na Constituição, ou por conta do contexto político da época, a função jurisdicional era exercida sob influência de um complexo de forças políticas, o que provocava o enfraquecimento dos tribunais. Defendeu-se no presente trabalho, porém, que essas noções precisam ser compreendidas considerando-se um pano de fundo mais amplo.

Para a doutrina jurídica tradicional, utilizando-se como referência a teoria de Luis Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal exerce três funções no contexto do constitucionalismo contemporâneo. Primeiro, a atividade de interpretação e aplicação da Constituição envolve uma atuação contramajoritária. Sob essa perspectiva, por sua racionalidade argumentativa ou por ser um fórum de princípios e de razão pública, o Supremo Tribunal Federal invalida atos dos demais Poderes na defesa de direitos fundamentais de minorias e de regras do jogo democrático atropelados pela vontade majoritária. O papel representativo, por sua vez, diz respeito aos cenários políticos que propiciam, por falhas das regras do sistema eleitoral, uma crise de legitimidade do Poder Legislativo, o que faz com que este tenha dificuldades para expressar a vontade popular. Assim, de forma comparativa às condições que o Legislativo possui para decidir em tais contextos, entende-se que o Poder Judiciário seria o espaço onde as decisões políticas poderiam ser tomadas da melhor forma, tendo em vista sua legitimidade discursiva e a capacidade de tornar-se representante argumentativo da sociedade. Logo, a vitaliciedade de seus membros, o ingresso por meio de concurso público, a realização de audiências públicas, a possibilidade de atuação de *amicus curiae*, bem como a necessidade de motivação das decisões seriam condições que permitiriam o exercício da função representativa pelo Poder Judiciário.

Além disso, segundo a doutrina tradicional, a jurisdição constitucional pode desempenhar um papel iluminista ao promover o avanço social e “empurrar a história”. Foi possível perceber que o desenvolvimento e a afirmação da teoria sobre as funções do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal baseia-se na negação da história constitucional brasileira. Utiliza como marco, ainda, a Constituição da República de 1988, que teria promovido uma ruptura com um passado autoritário das instituições jurídicas brasileiras. Assim, defende-se

que o Supremo Tribunal Federal seria capaz de promover avanços civilizatórios, como uma vanguarda iluminista que inaugura novos caminhos e possibilidades de convivência social, protagonizando mudança de valores culturais e propicia a superação do passado.

No entanto, o presente trabalho conclui que mudanças sobre o sentido e papel da Constituição no Brasil relacionam-se com o desenvolvimento social e político de um país cuja energia é o racismo. Há autores que tem realizado opções metodológicas e teóricas que privilegiam momentos constitucionais considerados de ruptura, o que leva à utilização de uma perspectiva de sobreposição do presente em relação ao passado. Essas opções prejudicam, em certa medida, a análise dos instrumentos disponíveis e dos entraves que se opõem às mudanças necessárias para promover o pluralismo no âmbito da jurisdição constitucional.

Como foi possível visualizar no primeiro capítulo, em diversos momentos de sua história institucional, o Supremo Tribunal Federal e os tribunais que integram a estrutura do Poder Judiciário brasileiro se comportaram de maneira conivente, não se opuseram expressamente às imposições dos demais poderes no cenário político ou atuaram de maneira paliativa, sem promover mudanças estruturais relevantes para a redução das hierarquias raciais, sociais e gênero. No cenário contemporâneo, essa atuação persiste, por exemplo, quando há a enunciação da dimensão racial do objeto dos processos que são julgados pelo tribunal sem que isso se traduza em provimentos jurisdicionais efetivos, o que acaba despotencializando instrumentos jurídicos importantes para reduzir a violação de direitos da população negra.

Tratando especificamente sobre as limitações da noção de que o Supremo Tribunal Federal exerce os papéis contramajoritário, representativo e iluminista ao longo do exercício da jurisdição constitucional, esta monografia conclui pela existência de problemáticas que podem ser reunidas e sintetizadas da seguinte maneira.

No campo epistemológico, existe um fenômeno de deslegitimação do conhecimento jurídico produzido por pessoas negras, ou seja, o apagamento de narrativas negras em um importante espaço de produção e legitimação dos discursos jurídicos: o ambiente acadêmico. Se, no passado, o problema já se apresentava quando do surgimento dos primeiros cursos de Direito no Brasil, nas universidades de Recife e São Paulo, no final do século XIX, há a sua perpetuação atualmente, como foi possível visualizar avaliando-se a grade curricular e o corpo docente de duas grandes universidades no Rio de Janeiro: a Universidade Federal do Rio de Janeiro e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Ademais, o racismo epistemológico, pedagógico e enquanto realidade histórica e cotidiana, influencia a construção argumentativa de decisões judiciais. A partir da análise do

vocabulário que informou o julgamento da ADC nº 41 e o julgamento cautelar da ADPF nº 347, percebeu-se que, no que diz respeito à primeira, houve o reconhecimento da constitucionalidade da reserva de vagas às pessoas negras em concursos públicos segundo a linguagem dos princípios da igualdade e relativos aos concursos públicos, de modo que o reconhecimento do racismo estrutural também informou o voto dos ministros do STF. No entanto, no caso do julgamento cautelar da ADPF nº 347, apesar dos ministros reconhecerem o estado de coisas inconstitucional que assola o sistema carcerário brasileiro, bem como a responsabilidade do Poder Judiciário na tomada de medidas que já tem previsão legislativa, houve o indeferimento de boa parte dos pedidos direcionados ao Poder Judiciário. Assim, o reconhecimento da dimensão estrutural e institucional do racismo em alguns julgamentos não pode servir à afirmação da legitimidade genérica e em abstrato do exercício da função contramajoritária, representativa e tampouco iluminista pelo Supremo Tribunal Federal.

No campo representativo, o retrato dos órgãos do Poder Judiciário revela um déficit de representação negra. Os mecanismos de ingresso na carreira da magistratura acabam reforçando esse quadro, razão pela qual é fundamental que a comunidade acadêmica e as instâncias deste Poder estejam atentas e empreendam esforços para implementação de propostas que visem ampliar essa participação, que estão relacionadas à simplificação das etapas do concurso, à desnecessidade de deslocamento e a possibilidade de uma atuação integrada entre os órgãos do Poder Judiciário a fim de reduzir, por exemplo, os custos financeiros que impõem um ônus de participação desproporcional à candidatos negros.

Ademais, visando promover o pluralismo de perspectivas nos concursos públicos e ampliar a capacidade de raciocínio crítico e interdisciplinar, é preciso acompanhar a inclusão da disciplina de Direito da Antidiscriminação no conteúdo programático das provas dos concursos da magistratura, com a possibilidade de participação de examinadores externos negros e que tem uma trajetória acadêmica relacionada ao estudo de questões que envolvem o combate à discriminação na sua dimensão racial, bem como que a cobrança do conteúdo ocorra considerando-se controvérsias e problemas concretos que estimulem o raciocínio teórico e jurídico dos candidatos para além do conhecimento acerca de questões jurisprudenciais envolvendo o assunto, sob pena da cobrança do conteúdo servir à legitimação da atuação do Poder Judiciário de maneira acrítica.

Por fim, no campo processual de funcionamento da jurisdição constitucional, foi possível constatar uma jurisprudência restritiva que promove a seletividade social no que diz respeito à interpretação do conceito de entidades de classe de âmbito nacional aptas a inaugurar o controle de constitucionalidade abstrato, conforme o artigo 103, inciso IX, da

Constituição da República de 1988. Um dos fundamentos para o entendimento segundo o qual exige-se que a organização coletiva represente uma classe caracterizada por filiados ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional, por aplicação analógica da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, art. 920) apoia-se na ideia de sobrecarga de processos em trâmite no Supremo Tribunal. Esse fundamento não se sustenta levando-se em consideração o acervo do tribunal. Além disso, não é um argumento contemporâneo, mas esteve na base dos discursos sobre a crise do Supremo Tribunal Federal no século XX. Ignorou-se um problema relacionado ao funcionamento do Supremo que estava já se apresentava no final do século XIX, qual seja, o fato de que a formação intelectual e profissional de seus membros foi um fator de continuidade e não de transformação do *ethos* e *modus operandi* do espaço público.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Estado, direito e análise materialista do racismo. In: KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto; AKAMINE JUNIOR, Oswaldo; MELO, Tarso de (Org.). *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra universitário, 2015, p. 747-767.

ALMEIDA, Silvio Luiz. *O que é o racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

AMPARO, Thiago. A carne mais barata do direito: descolonizando respostas jurídicas à necropolítica. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 08, n. 20, p. 345-361, 2021.

ARGUELHES, Diego; RIBEIRO, Leandro. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático Brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018.

ASSIS, Desirèe. *Mulheres negras têm palestra online interrompida por imagens de gorilas: 'Fiquei chocada'*, diz mediadora. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2021/12/04/mulheres-negras-tem-palestra-online-interrompida-por-imagens-de-gorilas-fiquei-chocada-diz-mediadora.ghtml>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, p. 24-50, 2015.

_____. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book].

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006.

BASTOS, Erico. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. 2010. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

BENTO, Juliane; ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana. Doutrinadores, políticos e “Direito Administrativo” no Brasil, *Revista Política & Sociedade*, Santa Catarina, v. 16, n. 37, p. 286-314, 2017.

BENTO, Maria Aparecida. Branqueamento e branquitude no Brasil. In: _____; CORONE, Iray. (Org.). *Psicologia Social do Racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2014.

_____. Notas sobre a expressão da branquitude nas instituições. In: _____; SIQUEIRA, Marly; NOGUEIRA, Simone. (Org.). *Identidade, negritude e branquitude: contribuição para a psicologia social no Brasil*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2014, p. 13-33.

BRAGA, Erica; PINHO, Angela. *Cotas aumentam chance de emprego, mas não garantem salário melhor*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2021/11/cotas-aumentam-chance-de-emprego-mas-nao-garantem-salario-melhor.shtml>>. Acesso em: 06 dez 2021.

BRANDÃO, Rodrigo; CAPECCHI, Daniel. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 01, p. 164-196, 2018.

BRASIL. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 108*, de 8 de julho de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3374>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 75*, de 12 de maio de 2009. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/100>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 203*, de 23 de julho de 2015. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2203>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 423*, de 05 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 13 jan. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. *Decreto nº 510*, de 22 de junho de 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/388004/publicacao/15722625>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. *Decreto nº 3.029*, de 9 de janeiro de 1881. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/lei-saraiva>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. INEP - MEC. *Enem Histórico*. Disponível em: <<portal.inep.gov.br/enem/historico>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. *Lei Complementar nº 35*, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 12 dez. 2021.

_____. *Lei nº 221*, de 20 de novembro de 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm#:~:text=L0221%2D1894&text=LEI%20N%C2%BA%20221%2C%20DE%2020,da%20Justi%C3%A7a%20Federal%20da%20Republica>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. *Lei nº 2.033*, de 20 de setembro de 1871. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm>. Acesso em: 13 dez. 2021.

_____. *Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm>. Acesso em: 08 dez. 2021.

_____. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 08 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 41*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2866*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2110882>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4330*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3790644>>. Acesso em: 2 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 2 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132 e ADI nº 142*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 2 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 186*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 09 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 635*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 709*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MC ADPF n° 527*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314765393&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Processo n° 0017441-07.2018.8.16.0013*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/96FE7F6AF69865_sentenca_.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo n° 0009887-06.2013.8.26.0114*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiza-reu-nao-parece-bandido-branco.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL, Filipe. *Número de alunos pretos e pardos na UFRJ cresceu 71% desde a adoção das cotas, aponta levantamento*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/11/07/numero-de-alunos-pretos-e-pardos-na-ufrj-cresceu-71percent-desde-a-adocao-das-cotas-aponta-levantamento.ghtml>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

BRASIL, Filipe; COELHO, Henrique. *Em 14 meses de restrições nas operações, policiais do RJ mataram 1,5 mil pessoas; STF julga medida nesta quinta*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/11/25/em-14-meses-de-restricoes-nas-operacoes-policiais-do-rj-mataram-15-mil-pessoas-stf-julga-medida-nesta-quinta.ghtml>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

CÂMARA, Heloisa. *STF na ditadura militar brasileira: um tribunal adaptável?* 2017. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017.

CARDOSO, Lourenço. *O branco “invisível”*: um estudo sobre a emergência da branquitude nas pesquisas sobre as relações raciais no Brasil (Período: 1957 - 2007). 2008. 231 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. 340 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia da Educação) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CARVALHO, Igor. *Em dez anos, nenhum juiz foi punido por racismo em processos abertos no CNJ*. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/09/25/em-dez-anos-nenhum-juiz-foi-punido-por-racismo-em-processos-abertos-no-cnj>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. TD 2267 - *Democracia Racional e Homicídios de Jovens Negros na Cidade Partida*. Brasília: jan 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29210>. Acesso em: 6 fev. 2018.

CONJUR. *OAB pede que Supremo declare constitucionalidade da Lei de Cotas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-28/oab-supremo-declare-constitucionalidade-lei-cotas>>. Acesso em: 4 dez. 2021.

CORBO, Wallace. *Nove medidas para um Judiciário racialmente inclusivo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/igualdade-racial-no-judiciario-inclusivo-e-responsivo-31102020>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. Resenha: “O que é lugar de fala?” e por que ele importa para o Direito? *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 248-251, 2018.

CRUZ, Eliana. *"Mulata, analfa, postura de macaco": racistas do direito nunca foram punidos. Ouça músicas de 2005*. Disponível em: <<https://theintercept.com/2018/06/08/racismo-direito-puc/>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. São Paulo: Ubu, 2020, [e-book].

FERNANDES, Kelly; LÉO NETO, Nivaldo. Narrativas antirracistas no enfrentamento ao contexto de neofascismo: educando sujeitos históricos nas lutas. *Revista de Antropologia e Arqueologia*, Pelotas, v. 9, n. 1, p. 46-62, 2021.

FLAUZINA, Ana Luiza; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, p. 1211-1237, 2020.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime patriarcal*. São Paulo: Global, 2013.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

Gazeta do Povo. *Toffoli diz que Brasil vive semipresidencialismo com STF como poder moderador*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/toffoli-diz-que-brasil-vive-semipresidencialismo-com-stf-como-poder-moderador/?ref=link-interno-materia>>. Acesso em: 02 dez. 2021.

GOMES, Juliana Cesario. Cancelas invisíveis: “embargos auriculares”, legitimidade ativa e a permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 55-82, 2020.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. *Revista Ciências Sociais Hoje*, p. 223-244, 1984.

IPEA; FBSP. *Atlas da Violência 2021*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/atlas-da-violencia/>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

IPEC; Rede Nossa São Paulo. *Pesquisa de Opinião Pública Viver em São Paulo: Relações Raciais (Novembro de 2021)*. Disponível em: <<https://www.nossasaopaulo.org.br/pesquisas/relacoes- raciais/>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

JUSTIFICANDO. *Em evento, Barroso chama Joaquim Barbosa de "negro de primeira linha"*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/08/em-evento-barroso-chama-joaquim-barbosa-de-negro-de-primeira-linha/>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

KANTER, Marcelo de Mello Kanter; MACHADO, Thales. *O papel do negro na construção do Brasil sob a ótica de Abdias do Nascimento*. Disponível em: <<https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2015/05/o-papel-do-negro-na-construcao-do-brasil-sob-a-otica-de-abdias-do-nascimento-13-de-maio-e-o-mito-da-democracia-racial-por-marcelo-de-mello-kanter-e-thales-machado/>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

LOPES, Daniel; ROCHA, Maria Julia. *ADPF 635 viabiliza investigação independente do massacre do Jacarezinho*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/adpf-635-investigacao-massacre-jacarezinho-23112021>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

LORRAN, Tácio. *No Brasil, negros são mais pobres, morrem mais e ganham menos que brancos*. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/no-brasil-negros-sao-mais-pobres-morrem-mais-e-ganham-menos-que-brancos>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

LUCHMANN, Lígia. *Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre*. 2002. 225 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

LYNCH, Christian; MENDONÇA, José Vicente. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 02, p. 974-1007, 2017.

MARQUES, Edson. *A representação dos hipossuficientes no controle abstrato de constitucionalidade: O acesso à jurisdição constitucional pelos carentes de recursos*, 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018.

MOORE, Carlos. *Uma universidade do amplo saber e da multiplicidade de saberes para o mundo emergente do século 21*. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/416691378/Carlos-Moore-Universidade-do-Amplo-Saber-pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

MOREIRA, Adilson José. *Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural*. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2., p. 830-868, 2017.

MOREIRA, Adilson José. *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. *Revista Tempo Social*, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 287-308, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2021.

RIGHETTI, Sabine; GAMBA, Estêvão. *Inclusão de professores negros no ensino superior pouco avança em nove anos*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2021/11/inclusao-de-professores-negros-no-ensino-superior-pouco-avanca-em-nove-anos.shtml>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

SAID, Flávia. *Política de cotas faz número de negros no serviço público subir pouco*. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/politica-brasil/politica-de-cotas-faz-numero-de-negros-no-servico-publico-subir-pouco>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

SANTOS, Alessandro; OLIVEIRA, Gisela; MUNOZ, Bruna. Mulheres negras acadêmicas: preconceito, discriminação e estratégias de enfrentamento em uma universidade pública do Brasil. *Revista Interfaces Brasil/Canadá*, Florianópolis/Pelotas/São Paulo, v. 18, n. 3, p. 28-41, 2018.

SANTOS, Natália Nêris da Silva. *A voz e a palavra do movimento negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987-88): um estudo das demandas por direitos*. 2015. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

SCHUCMAN, Lia Vainer. Branquitude: a identidade racial branca refletida em diversos olhares. In: BENTO, Maria Aparecida; SIQUEIRA, Marly; NOGUEIRA, Simone. (Org.). *Identidade, negritude e branquitude: contribuição para a psicologia social no Brasil*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2014, p. 111-126.

SCHWARCZ, Lilia. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SLEMIAN, Andréa; LOPES, José; GARCIA NETO, Paulo. O Judiciário e o Império do Brasil: o Supremo Tribunal de Justiça (1828-1889). *Artigos Direito GV (Working Papers)*, São Paulo, paper 35, p. 1-98, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalhos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, [e-book].

TINOCO, Alexandre Motta. As práticas institucionais do poder judiciário brasileiro: da Primeira República à Constituição Federal de 1934. *Revista Interdisciplinar de Direito*, Valença, v. 11, n. 1, p. 189-196, out. 2017

UERJ. Faculdade de Direito. *A Lista de disciplinas e respectivas ementas*. Disponível em: <<http://www.direito.uerj.br/curriculodocurso/>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

UFRJ. Faculdade Nacional de Direito. *Projeto Pedagógico*. Disponível em: <<https://direito.ufrj.br/direcao/projeto-pedagogico/>>. Acesso em: 06 dez. 2021.

WERNECK, Jurema. Racismo institucional e saúde da população negra. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 25, n. 3, p. 535-549, 2016.