



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas

RODRIGO UMBELINO DA SILVA

**O PROTAGONISMO DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS FRENTE ÀS DEMANDAS
SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS: UM ESTUDO DE CASO DOS TRIBUNAIS
CONSTITUCIONAIS DO BRASIL E DA COLÔMBIA FRENTE AOS PROCESSOS
DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL**

CAMPINAS

2020

RODRIGO UMBELINO DA SILVA

**O PROTAGONISMO DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS FRENTE ÀS DEMANDAS
SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS: UM ESTUDO DE CASO DOS TRIBUNAIS
CONSTITUCIONAIS DO BRASIL E DA COLÔMBIA FRENTE AOS PROCESSOS
DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL**

Tese apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas como parte dos requisitos exigidos para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política

Orientador: Prof. Dr. Frederico Normanha Ribeiro de Almeida

ESTE TRABALHO CORRESPONDE À
VERSÃO FINAL DA TESE DEFENDIDA
PELO ALUNO RODRIGO UMBELINO DA
SILVA, E ORIENTADA PELO PROF. DR.
FREDERICO NORMANHA RIBEIRO DE
ALMEIDA

CAMPINAS

2020

Ficha catalográfica
Universidade Estadual de Campinas
Biblioteca do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas
Paulo Roberto de Oliveira - CRB 8/6272

Si38p Silva, Rodrigo Umbelino da, 1979-
O protagonismo das instituições jurídicas frente as demandas sociais contemporâneas: um estudo de caso dos tribunais constitucionais do Brasil e da Colômbia frente aos processos de emancipação social. / Rodrigo Umbelino da Silva. – Campinas, SP : [s.n.], 2020.

Orientador: Frederico Normanha Ribeiro de Almeida.
Tese (doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

1. Poder judiciário. 2. Estudo de casos. 3. Emancipação. 4. Negros - Identidade racial. I. Almeida, Frederico Normanha Ribeiro de, 1979-. II. Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.

Informações para Biblioteca Digital

Título em outro idioma: The role of legal institutions in the face of contemporary social demands: a case study of the constitutional courts of Brazil and Colombia and the processes of social emancipation.

Palavras-chave em inglês:

Power judicial

Case studies

Emancipation

Blacks - Race identity

Área de concentração: Ciência Política

Titulação: Doutor em Ciência Política

Banca examinadora:

Frederico Normanha Ribeiro de Almeida [Orientador]

Andrei Koerner

José Rodrigo Rodriguez

Celly Cook Inatomi

Allyne Andrade e Silva

Data de defesa: 23-03-2020

Programa de Pós-Graduação: Ciência Política

Identificação e informações acadêmicas do(s) aluno(s)

- ORCID do autor: <https://orcid.org/0000-0001-6193-3777>

- Currículo Lattes do autor: <http://lattes.cnpq.br/3203800489124121>



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas

A Comissão Julgadora dos trabalhos de Defesa de Tese de Doutorado, composta pelos Professores Doutores a seguir descritos, em sessão pública realizada em 23 de março de 2020, considerou o candidato Rodrigo Umbelino da Silva aprovado.

Prof. Dr. Frederico Normanha Ribeiro de Almeida

Prof. Dr. Andrei Koerner

Prof. Dr. Jose Rodrigo Rodriguez

Profa. Dra. Celly Cook Inatomi

Profa. Dra. Allyne Andrade e Silva

A Ata de Defesa com as respectivas assinaturas dos membros encontra-se no SIGA/Sistema de Fluxo de Dissertações/Teses e na Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

AGRADECIMENTOS

Ao Instituto Federal de São Paulo – IFSP, pela oportunidade do afastamento para qualificação, sem o qual o desenvolvimento deste trabalho seria algo muito difícil.

A todos os meus colegas professores que me acompanharam e me acompanham nesta jornada de pesquisador e professor.

Aos professores(as) do IFCH/Unicamp, pelas trocas, debates e contribuições no processo formativo do doutorado.

A meus colegas de doutorado que mesmo com as dificuldades por que passa a pós-graduação conseguiram levar esse projeto até o final.

Aos meus amigos(as) que me acompanham e entendem a importância da educação para mim.

A minha família, meus irmãos, Adriana, Adriano, Marcio, meus sobrinhos, Michel e Sara, por sempre estarem comigo.

Ao meu companheiro Dário, por acreditar e estar comigo nesta caminhada.

A minha mãe Izilda, pela simplicidade, pela garra e por me ensinar os valores mais importantes que devemos carregar nesta vida.

Aos professores Andrei Koerner e Jose Rodrigo Rodriguez, pela participação no exame de qualificação juntamente com apontamentos, orientações, sugestões e críticas que foram primordiais para a finalização desta tese.

Ao meu orientador Frederico Almeida, pela paciência, pela honestidade, pela humildade e boa vontade em me ajudar desde os primeiros anos de doutorado na construção do projeto de pesquisa e posterior desenvolvimento da tese.

A Deus.

Muito obrigado!

"Vem por aqui" - dizem-me alguns com os olhos doces
Estendendo-me os braços, e seguros
De que seria bom que eu os ouvisse
Quando me dizem: "vem por aqui!"
Eu olho-os com olhos lassos,
(Há, nos olhos meus, ironias e cansaços)
E cruzo os braços,
E nunca vou por ali...

A minha glória é esta:
Criar desumanidades!
Não acompanhar ninguém.
- Que eu vivo com o mesmo sem-vontade
Com que rasguei o ventre à minha mãe

Não, não vou por aí! Só vou por onde
Me levam meus próprios passos...
Se ao que busco saber nenhum de vós responde
Por que me repetis: "vem por aqui!"?
Prefiro escorregar nos becos lamacentos,
Redemoinhar aos ventos,
Como farrapos, arrastar os pés sangrentos,
A ir por aí...

Se vim ao mundo, foi
Só para desflorar florestas virgens,
E desenhar meus próprios pés na areia inexplorada!
O mais que faço não vale nada.

Como, pois, sereis vós
Que me dareis impulsos, ferramentas e coragem
Para eu derrubar os meus obstáculos?...
Corre, nas vossas veias, sangue velho dos avós,
E vós amais o que é fácil!
Eu amo o Longe e a Miragem,
Amo os abismos, as torrentes, os desertos...

Ide! Tendes estradas,
Tendes jardins, tendes canteiros,
Tendes pátria, tendes tetos,
E tendes regras, e tratados, e filósofos, e sábios...
Eu tenho a minha Loucura!
Levanto-a, como um facho, a arder na noite escura,
E sinto espuma, e sangue, e cânticos nos lábios...

Deus e o Diabo é que guiam, mais ninguém!
Todos tiveram pai, todos tiveram mãe;
Mas eu, que nunca principio nem acabo,
Nasci do amor que há entre Deus e o Diabo.

Ah, que ninguém me dê piedosas intenções,
Ninguém me peça definições!
Ninguém me diga: "vem por aqui!"
A minha vida é um vendaval que se soltou,
É uma onda que se alevantou,
É um átomo a mais que se animou...
Não sei por onde vou,
Não sei para onde vou
Sei que não vou por aí!
(Cântico Negro - José Régio)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar um estudo comparado dos Tribunais Constitucionais do Brasil (STF) e da Colômbia (CCC) por meio da análise de estudos de casos relacionados aos direitos emancipatórios dos afro-latino-americanos. Em um primeiro momento, procuramos compreender a importância do negro afro-latino-americano no processo de construção e reconhecimento da sua identidade e da luta pelos direitos fundamentais. Posteriormente, avançamos a análise para dentro de um panorama dos novos modelos constitucionais, no Brasil com a Constituição de 1988 e na Colômbia com a de 1991, constituídos sobre a base do Estado de Direito. Tal análise teve por objetivo evidenciar como o direito dentro das instituições judiciais e dos movimentos sociais torna-se instrumento de emancipação. Logo depois, partimos para o exame das ações judiciais do critério de constitucionalidade dos direitos fundamentais interpostas nos Tribunais no período de 1988 a 2019. O debate teórico foi construído em torno da teoria de reconhecimento, de Axel Honneth, e teoria do direito como forma de emancipação, de Franz Neumann. A nossa hipótese é que as mudanças que emergem em um contexto de lutas e conflitos contestadores da realidade social podem ser questionadas no âmbito das instituições judiciais, sendo, portanto, necessárias para a constituição da lógica emancipatória por meio do direito, com um olhar crítico do processo decisório das instituições judiciais e o seu impacto no cotidiano dos indivíduos.

Palavras-chave: Poder judiciário; Estudo de casos; Emancipação; Negros - Identidade racial.

ABSTRACT

The present work aims to conduct a comparative study of the Constitutional Courts of Brazil (STF) and Colombia (CCC) through the analysis of studies of cases related to the emancipatory rights of African-Latin Americans. At first, we seek to understand the importance of black Afro-Latin America in the process of building and recognizing their identity and the struggle for fundamental rights. Subsequently, Then we advanced the analysis into an overview of the new constitutional models, in Brazil with the Constitution of 1988 and in Colombia with that of 1991, both constituted on Rule of Law basis . This analysis aimed to highlight how law within judicial institutions and social movements becomes an instrument of emancipation. Soon after, we set out to review the judicial proceedings of the constitutionality criterion of fundamental rights brought before the Courts from 1988 to 2019. The theoretical debate was built around Axel Honneth's theory of recognition and theory of law as a form of emancipation, by Franz Neumann. Our hypothesis is that the changes that emerge in a context of struggles and conflicts challenging the social reality can be questioned within judicial institutions, and are therefore necessary for the constitution of emancipatory logic through law, with a critical view of the decision-making process of judicial institutions and its impact on the daily lives of individuals.

Keywords: Power judiciary; Case studies; Emancipation; Blacks - Race identity.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Legado do movimento negro na construção do texto constitucional e infraconstitucional no pós CF/1988	63
Quadro 2 - Especificidades - Comunidades Negra, Afro-Colombiana, Raizal e Palenqueras	67
Quadro 3 - Legado do movimento negro na construção do texto constitucional e infraconstitucional no pós constituição/91	71
Quadro 4 - Lista de processos pesquisados - STF.....	77
Quadro 5 - Lista de processos pesquisados - CCC.....	130

SUMÁRIO

Introdução: a construção da cidadania afro-latino-americana	12
Escravidão, Estados nacionais e cidadania multicultural na América Latina	12
Desigualdades, discriminações e políticas públicas	23
Objetivos e plano da tese	26
CAPÍTULO 1: Abordagens teórico-críticas de um projeto emancipatório: uma análise do direito e do reconhecimento	27
1.1. A crítica de Neumann ao Estado de direito e o problema da emancipação....	27
1.2. Honneth e a construção contemporânea da lógica emancipatória dentro da teoria crítica	36
1.3. Uma síntese do debate: lutas por reconhecimento, direito e instituições judiciais	47
CAPÍTULO 2: O papel do direito estatal, do movimento negro e das instituições judiciais democráticas na efetivação da cidadania afro-latino-americana	54
2.1. Brasil.....	54
2.1.1. O Supremo Tribunal Federal.....	54
2.1.2. Cidadania negra no Brasil: mudanças constitucionais, tribunal constitucional e lutas sociais	57
2.1.2.1. As mudanças constitucionais e o tribunal constitucional	57
2.1.2.2. O movimento negro brasileiro no processo constitucional.....	59
2.2. Colômbia.....	64
2.2.1. A Corte Constitucional da Colômbia	64
2.2.2. A efetividade dos direitos fundamentais na Colômbia: mudanças constitucionais, tribunal constitucional e lutas sociais	65
2.2.2.1. As mudanças constitucionais e o tribunal constitucional	65
2.3.2.2. O movimento negro colombiano e o processo constitucional	66
CAPÍTULO 3: Os casos do Supremo Tribunal Federal	74
3.1. Seleção dos casos	74
3.2. Os casos do Supremo Tribunal Federal	76
3.2.1. ADPF n. 186 (BRASIL, 2012).....	79
3.2.1.1. A ação judicial.....	79
3.2.1.2. A audiência pública.....	84
3.2.1.3. A decisão do STF	85
3.2.2. ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018)	101
3.2.2.1. A ação judicial.....	101
3.2.2.1.1. A questão da terra.....	101
3.2.2.1.2. Processo judicial	104
3.2.2.2. A decisão do STF	106
CAPÍTULO 4: Os casos da Corte Constitucional Colombiana - CCC	129
4.1. A seleção dos casos	129

4.2. Os casos da Corte Constitucional Colombiana.....	129
4.2.1. O caso T-576/14 (COLÔMBIA, 2014)	131
4.2.1.1. A ação judicial.....	131
4.2.1.2. A decisão da Corte	133
4.2.2. O caso T-680/16 (COLÔMBIA, 2016)	146
4.2.2.1. A ação judicial.....	146
4.2.2.2. A decisão da CCC	148
CAPÍTULO 5: Os processos constituintes da emancipação e a relação com o	
Direito	158
5.1. O afro-latino-americano: entre a liberdade e a igualdade	158
5.2. A relação entre a efetividade das políticas públicas e o ativismo judicial	160
5.3. Os direitos emancipatórios no STF: os casos ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) e ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018)	164
5.4. Os direitos emancipatórios na CCC: os casos T-576/14 (COLÔMBIA, 2014) e T-680/16 (COLÔMBIA, 2016)	170
5.5. Comparando Brasil e Colômbia	173
Conclusão: limites e possibilidades do Estado de direito e das instituições	
judiciais para as lutas por reconhecimento.....	178
Referências	183

Introdução: a construção da cidadania afro-latino-americana

O objetivo desta parte introdutória é apresentar de que forma a ideia de cidadania foi sendo apropriada e construída pelos negros latino-americanos. O olhar que iremos desenvolver estará direcionado para a população negra do Brasil e da Colômbia, e com foco tanto nos processos políticos e jurídicos quanto na sua dimensão social e cultural. Primeiramente, optamos por discutir a resistência negra como vetor da luta pela cidadania; na sequência, falaremos sobre como se deu a aproximação da luta por uma identidade cultural em confluência com a luta por emancipação social. Assim, trataremos a questão da cidadania negra e sua reformulação no caso brasileiro e colombiano dentro do campo das mudanças políticas e econômicas dos séculos XIX e XX. Em termos do que chamamos de uma *pré-cidadania negra*, direcionaremos nosso olhar para o século XIX, e, na sequência, aproximaremos essa discussão trazendo o debate para o século XX, aqui já podendo visualizar aspectos de uma cidadania negra no Brasil e na Colômbia. Ao pensar a materialidade das questões raciais, fecharemos essa introdução discutindo os sentidos que a justiça social pode ter quando pensamos na trajetória da cidadania negra na América Latina.

Escravidão, Estados nacionais e cidadania multicultural na América Latina

A organização política da América espanhola e portuguesa associa-se diretamente ao modelo de sistema capitalista que irá se desenvolver nessa região, baseado na exploração do trabalho em um regime escravocrata.

A abolição da escravidão de todos os países do continente até finais do século XIX coloca novos desafios para a cidadania negra. A questão da abolição com a perspectiva do futuro dos negros e sua relação com o Estado foi retratada por Andrews (2014) com elementos claramente de conflito e corroborando para uma construção de um legado que irá influenciar diretamente na organização dos negros afro-latino-americanos em termos de participação social e política, segundo o autor:

[...] o legado mais importante da escravidão para os negros após a abolição consiste nas formas de resistência ao cativo, incluindo entre outras coisas, a formação de famílias, greves e outras formas de contestação coletiva além da elaboração de relações de ajuda mútua com outros escravos e com negros livres, as maneiras de estabelecer

relações com os poderosos, de resistir à exploração e de negociar com patrões foram todas moldadas pela experiência da escravidão. (ANDREWS, 2014, p. 18).

No contexto das mudanças institucionais pelas quais passou a América Latina, que inclui os processos que constituíram os movimentos de independência e a sua efetividade, como também as lutas pela abolição da escravatura e a organização de países e das diversas cidades frente à abolição que, já consolidada em fins do século XIX, coloca o desafio de incorporação dos negros libertos no regime de cidadania desses países.

Segundo Andrews (2014, p. 20), “as diferenças entre países e regiões na América Latina ajudam a elucidar as trajetórias distintas de certas lutas raciais que se repetiam em toda a região” De acordo com o autor: “na maioria dos países hispano-americanos, os negros livres ganharam o fim das leis castas e a plena cidadania legal durante as guerras de independência do início do século XIX, como consequência da competição entre os dois lados pelo seu apoio” (ANDREWS, 2014, p. 21).

A lógica constante que permeava a busca por ideais de cidadania em quase toda a América Latina aproxima-se da construção e reconstrução dos novos estados nacionais latinos, com a ampla participação dos negros nas lutas de independência e as promessas de inserção desse sujeito no ambiente comum do campo social. O que compreendemos é que, ao longo de todo o período dos séculos XVIII até o século XX, o negro latino buscou caminhos, muitas vezes tortuosos, cujo objetivo era o reconhecimento e, quando muito, a construção da sua própria identidade individual e coletiva em vias de obter a sua emancipação social pela participação plena em todos os momentos da vida pública.

Um ponto que configura a lógica da diferença baseada na cor/raça está na ligação entre fatores sociais e culturais que permitiam ao colonizador buscar mecanismos de dominação e exploração do negro na América Latina. Em termos de diferença, é clara a constituição social, histórica e cultural dos escravos negros de maneira distinta das dos colonizadores brancos, mas, a partir do momento em que se institucionaliza a escravidão como forma econômica e política, essa diferença passa a ser utilizada como o que Lao-Montes (2007) conceitua como “*colonidad del poder*”, um padrão de dominação permeado por três vertentes de controle, que são: exploração do trabalho pelo capital, dominação étnico-racial e cultural, e dominação sexual e de gênero.

Nesse sentido, a luta pela cidadania negra latino-americana estaria condicionada à derrubada de elementos constituintes do padrão de acumulação do capital originário do velho mundo. O conceito de raça e capitalismo caminham juntos em todo o século XVI até o século XVIII, pois a lógica da diferenciação pela cor ou raça é elemento de dominação e subjugação do negro enquanto formador de castas inferiores. No Brasil, a dupla relação do que era ser escravo e a quem ele pertencia impactou diretamente no modelo de cidadania negra, visto que, ao separar o negro entre “coisa” (direito civil) ou “pessoa” (direito penal), demonstrava-se claramente o conflito no âmbito do direito: se no âmbito civil o negro escravizado deveria ser tratado como “bem semovente”, na lei penal o negro tinha responsabilidades por seus atos, podendo ser julgado e condenado (MATTOS; GRINBERG, 2018).

A construção dos textos constitucionais latino-americanos do século XIX não muda essa situação, como é o caso do Brasil: a constituição de 1824 continua a negar direitos por meio da nacionalidade e cidadania a todos os escravos nascidos na África, mas, por sua vez, amplia e reconhece os direitos civis a todos os descendentes livres e libertos nascidos no Brasil. Segundo Mattos e Grinberg (2018, p. 167), “ao menos no âmbito da retórica jurídica, o período imperial foi marcado pela inclusão paulatina dos brasileiros descendentes de africanos, ao mesmo tempo em que se negava os direitos de cidadania e naturalização próprios africanos”.

No processo de construção da cidadania negra na Colômbia alguns aspectos são muito semelhantes ao do Brasil, principalmente no processo de negação da história dos afro-colombianos, como também das suas tradições.

A luta pelos direitos emancipatórios na Colômbia passa também pela valorização da ancestralidade negra, que se opõe radicalmente ao projeto de cidadão que foi sendo construído desde o século XIX. Podemos citar como exemplo as políticas de branqueamento, características de diversos países latino-americanos, inclusive o Brasil, apoiados tanto pela Igreja Católica como pelas instituições do Estado.

No âmbito do que foi conceituado de “justiça reparativa” para a população negra da Colômbia, o convívio direto com a negação da história, como também dos fatores depreciativos culturais, sociais e políticos desencadeados por meio da escravidão, tornaram o processo de construção de uma cidadania muito mais complexo.

O não reconhecimento parte da generalidade da ideia da causa negra, e isso inclui todas as camadas sociais médias, como também as elites colombianas, pois, segundo estes, não caberia pensar formas de reparar aquilo que ficou no passado, deveria somente partir para a valorização do campo da cultural material e imaterial dos povos afro-colombianos, aspectos políticos e econômicos não fariam parte de forma particularizada desses grupos.

Algunos admiten portar una diferencia étnica, pero sostienen que su preservación es un asunto doméstico, de incumbencia exclusiva de la familia. Aunque son partidarios de las uniones inter-étnico-raciales afirman que esta diferencia étnica debe preservarse en el ámbito privado por medio de la gastronomía típica y de los cuentos infantiles, la música y los bailes tradicionales que se encuentran en cualquier establecimiento comercial del ramo. (ROSETO-LABBÉ; BARCELOS; ROBLES, 2007, p. 15).

No centro dessa discussão sobre a valorização da cultura negra como campo de resistência, observamos um verdadeiro universo da ideia do que é ser negro para o negro, o que é ser mestiço para o negro e do que é ser branco para o negro. Essa construção relacional e universal de raça e cor foi se constituindo no centro do colonialismo latino-americano, notadamente com raízes históricas da ideia de raça desenvolvida e reformulada pelos conquistadores espanhóis e portugueses.

O centro dessa diferenciação associa-se à construção de estamentos sociais, permeados por aproximação ou distanciamento das raízes negras; nesse sentido, Maria Eugênia Chávez (2008, p. 82), ao falar sobre associar cor com inferioridade e escravidão como elementos centrais da diferenciação social, explica:

Sólo a partir del siglo XVIII se empezó a notar un cambio en los sistemas de significación en el contexto hispanocolonial. Este cambio coincidió con la multiplicación de los apelativos para designar las identidades del mestizaje y con la popularización del vocablo castas, con el cual se intentaba reducir a un solo término la multiplicidad de los nombres que aparecían constantemente para hacer referencia a los mestizos.

Os diferentes estratos sociais constituídos pelo critério da raça, associados à limitação do papel do negro no seio da sociabilidade, foi, sem dúvida nenhuma, o maior entrave à constituição desses sujeitos enquanto cidadãos. E essa foi a expressão clara em toda a Colômbia.

Chávez (2008) fala que a mestiçagem foi um elemento constituinte do organograma das castas sociais em diversos países latino-americanos de colonização espanhola. Evidenciando, de um lado, os escravos africanos com suas particularidades culturais e, de outro lado, indígenas e espanhóis; assim, toda e qualquer mistura racial com os negros seria caracterizada como uma casta inferior:

A medida que avanzaba el siglo XVIII, bajo el apelativo de ‘castas’ se fue reuniendo una serie de identidades de color vario que dieron paso a varias tipologías, acompañadas muchas veces de una rica iconografía. Los vocablos para designar a las castas se podían multiplicar hasta el absurdo. En esa época empezaron a producirse sistemas para clasificar los diferentes tipos de mestizaje. Estas tipologías se acompañaron, la mayor parte de las veces, con representaciones pictóricas que ilustraban las secuencias del mestizaje hacia la ‘redención’ -o ‘blanqueamiento’- o hacia la ‘degeneración’ -o ‘ennegrecimiento’-. La casta establecía criterios de origen y expresaba jerarquías con base en formas de ‘degeneración’. El color era el signo con que estas tipologías se expresaban. (CHÁVEZ, 2007, p. 84).

Dessa forma, para compreendermos os diversos caminhos para consolidação da cidadania negra latino-americana, é preciso a desconstrução do discurso racial e da cultura racista moderna, como também da apropriação de três categorias culturais e políticas ligadas diretamente a esses sujeitos: *nacionalidade*, *etnicidade* e *raça*. As três categorias carregam em si elementos da valorização da diferença cultural dos negros latino-americanos, como também a construção de uma identidade que naturaliza o negro enquanto sujeito histórico e protagonista da construção de todo o continente americano.

Segundo Lao-Montes (2007), a luta por liberdade e igualdade de condições do negro passaria pela lógica da reparação dos diversos momentos históricos a que esses sujeitos foram submetidos. A chamada *diáspora africana*, constituída pelo fluxo global de africanos escravizados pelo mundo colonial, fomentou, no longo prazo, “*condiciones persistentes de desigualdad económica, exclusión política y desvalorización cultural de los sujetos afrodiaspóricos*” (LAO-MONTES, 2007, p. 136).

Em consonância com essa estrutura institucionalizada da diferenciação por meio da discriminação racial, a luta por justiça reparativa estaria também associada às políticas de ações afirmativas por meio da ideia da redistribuição (dimensão material), como também por ações compostas pelo reconhecimento das identidades culturais (dimensão simbólica) afro-latino-americanas:

[...] los afrodescendientes no hemos conseguido ciudadanía sustancial (plenitud de participación, inclusión, derechos, representación) en ningún lugar de las Américas, es necesario tomar medidas afirmativas para elevar la calidad de nuestros modos de pertenencia (ciudadanía social, civil, política, económica y cultural) en nuestras comunidades políticas en los niveles local, nacional, hemisférico y global. (LAO-MONTES, 2007, p. 138).

Os processos de construção dessa cidadania substancial perpassam o desenvolvimento de contratos democráticos que se tornariam ações institucionalizadas e políticas públicas. Assim, de modo a fomentar outros meios para a cidadania plena e que incluísse os negros, foi necessário um trabalho articulado tanto do campo teórico como prático, cujo objetivo seria desconstruir padrões éticos e políticos de uma subcidadania à qual estes sujeitos durante séculos foram submetidos.

A discussão em torno da cidadania negra no continente latino-americano passa, na visão de alguns autores, pela compreensão do conceito esfacelado de cidadania multicultural, modo pelo qual a comunidade negra latino-americana se estabeleceu.

Quando pensamos no sentido da cidadania multicultural, buscamos compreender a centralidade das garantias dos direitos coletivos, tais como: reconhecimento formal de subgrupos étnicos ou raciais específicos e da natureza multicultural das sociedades nacionais, reconhecimento do direito consuetudinário, direitos de propriedade coletiva (relacionado à terra) e valorização da língua oficial.

Hooker (2006), ao tratar da cidadania multicultural, parte de uma análise comparativa entre as conquistas obtidas pelos indígenas e os negros latino-americanos. Em um ambiente que nos permite pensar que o que rege a lógica da discriminação racial é a exclusão social¹, a ausência do Estado vem a agravar ainda mais essa lógica. Dessa forma, destacamos dois pontos centrais e ligados que legitimam as diferenças sociais e aproximam a ideia da desigualdade pela raça. O primeiro ponto aproxima-se do conceito das diferenças de classes, cujo objetivo seria afastar do conjunto das desigualdades qualquer referência ao racismo; o segundo ponto está na análise do campo de luta que permitiu o enfraquecimento do movimento

¹ “O Banco Interamericano de Desenvolvimento e a CEAC afirmam que ambos os grupos (negros e indígenas) são vítimas da exclusão social, que se explica como a impossibilidade de em um grupo social participar plenamente das esferas social, política e cultural da sociedade” (HOOKER, 2006, p. 91).

negro quando colocadas as suas demandas em aspectos não plenamente culturais e identitários.

Em linhas gerais, a grande caracterização do racismo como elemento de construção da discriminação contemporânea, segundo Hooker (2006), estaria na predeterminação e afastamento das responsabilidades do Estado, o que seria reforçado, em tempos recentes, pela influência do neoliberalismo na América Latina. Dessa forma, quando avaliamos a especificidade das demandas dos indígenas, mesmo permeio a essa onda reformista como uma espécie de jogo típico dos modelos de Estado enfraquecidos, e, nas palavras de Hale (2002 apud HOOKER, 2006, p. 93), “alguns, por fim, sugerem que os Estados neoliberais da América Latina atenderam a certas demandas dos grupos indígenas para deslegitimar reivindicações mais radicais”.

Embora determinadas políticas tenham sido implantadas, em um contexto de grandes demandas sociais pelo grupo de maior contingente, os negros, não tiveram tanto êxito quanto as demandas dos indígenas. No entanto, se estamos pensando na figura do Estado como articulador dessas políticas e agente de implantação real das demandas por esses grupos, torna-se interessante entender quais critérios objetivos ou não diferenciaram o conceito de cidadania multicultural e a relação com o Estado, e como se constituiu a valorização dos direitos coletivos em um contexto de amplas diferenças culturais.

Dentro dos caminhos que podemos trilhar, como entender o porquê dessa diferença de tratamento, partimos da análise de Hooker (2006) acerca da construção da ideia de uma organização coletiva de cunho cultural dos negros em comparação com os indígenas, e associando a isso a limitação histórica do campo da formulação e implantação de políticas governamentais públicas que necessariamente sempre estiveram sobre o crivo das elites, que, por sua leitura estrategicamente construída, afeiçoaram-se à causa indígena observando a lógica do quantitativo populacional negro, além de um outro fator apontado pela autora que estaria na fraca mobilização política do movimento negro.

No tocante a isso, o campo que nos permite pensar as diferenças dos grupos indígenas e negros latinos configura-se não só como um critério de escolha de quem determina o nível de acesso aos direitos, mas recai também nos critérios de mobilização e, ainda, na identificação do grupo dentro de uma lógica étnica e racial,

“a identidade indígena se mostrou mais politizada do que a negra no contexto das reformas multiculturais” (HOOKER, 2006, p. 97).

De forma a elucidar essa diferenciação, vejamos, por exemplo, o caso da Colômbia, onde mesmo tendo uma população maior de afrodescendentes não obtiveram êxito na inserção dos direitos coletivos dos povos negros quando da elaboração da Assembleia Constituinte.

O campo de luta dos negros estaria relacionado às políticas antirracistas, ao contrário dos indígenas que pleitearam os direitos coletivos. Assim, é importante ressaltar que toda e qualquer construção que remetesse aos direitos coletivos de ambos os povos tradicionais passaria pela análise das elites políticas, da opinião pública e pelo Estado.

Nesse sentido, embora a lógica da mobilização aparecesse, segundo os pesquisadores da cidadania multicultural, como um ponto central, o que se evidencia é, para alguns, a ausência de uma identidade cultural, que se tornara um ponto chave para entender os elementos desse contraditório.

A construção social e cultural da identidade negra afro-latino-americana sofreu um amplo processo de afastamento e descaracterização do negro, principalmente nos finais do século XIX e início do século XX.

Os obstáculos a essa construção ficaram evidentes, principalmente no Brasil, quando da inserção no nosso ambiente doméstico de uma ideologia comumente denominada de “democracia racial”, segundo a qual, na compreensão dos seus adeptos, o entendimento era que se constituíam no Brasil movimentos para abolir restrições raciais e buscar a inclusão dos afrodescendentes na sociedade, mesmo que nos níveis mais baixos das hierarquias sociais (ALBERTO; GARSKOF, 2018, p.314).

A aplicabilidade da difusão do “mito” da democracia racial na América Latina gerou impactos diretos e regressivos no processo de construção da cidadania afro-latino-americana, principalmente quando comparamos a estrutura de organização de pauta dos movimentos antirracistas latinos com os dos Estados Unidos ou da África do Sul (ALBERTO; GARSKOF, 2018), que, embora fossem explicitamente racistas, mantinham uma pauta de enfrentamento muito direto, fugindo da expressão clara que norteava o debate mais suave na América Latina das questões raciais.

Quando olhamos para o Brasil do início do século XX, os aspectos relativos às desigualdades raciais e os possíveis caminhos para seu enfrentamento estavam condicionados basicamente a “uma ideologia de elite de controle social” (ALBERTO; GARSKOF, 2018, p.316) que vendia a imagem e a inclusão simbólica dos afrodescendentes, inclusão que se deu nas camadas mais baixas da estrutura social.

Nesse sentido, todo esse processo de desestruturação identitária fomentou os diversos níveis de desigualdades na América Latina, que perpassam pela questão do acesso à moradia, do debate em torno dos baixos níveis de escolaridade da população negra, tendo reflexo na inserção no mercado de trabalho basicamente em áreas como serviços gerais, manutenção e segurança, dentre outros, como também na sub-representação em todos os níveis institucionais ou não do Estado.

De acordo com Lima (2018), o pragmatismo racial defendido pelas elites políticas e intelectuais dos países afro-latino-americanos corroborou dentre muitas coisas para uma:

“fragmentação das identidades raciais tornando-se um projeto bem-sucedido de dominação racial que fez com que os afro-latino-americanos desses países ocupassem de forma sistemática os estratos mais baixos da estrutura social” (p. 14).

A constituição de uma cidadania afro-latino-americana foi também marcada pelas análises objetivas e subjetivas do tipo de papel que o negro assumiria nos processos constituintes dos países latino-americanos.

Um dos pontos que culminaram na diferenciação e na aproximação do campo de luta dos afro-latino-americanos por uma cidadania está na interpretação do tipo de democracia, ou seja, do alcance dos direitos e participação que esses sujeitos teriam dentro dos seus estados.

Diversos estudos corroboraram para uma interpretação do conceito de raça, democracia e identidade como elementos sutis que, quando pensados sob a particularidade da produção social dos seus significados, impactaram diretamente na capacidade subjetiva dos afro-latino-americanos na sua incorporação nas estruturas do Estado.

Alberto e Garkof (2018) citando Florestan Fernandes falam que “a democracia racial não era simplesmente uma falsidade, mas uma ‘técnica de dominação’, uma poderosa forma de ‘consciência falsa da realidade racial brasileira formulada pelas elites[...]’ (p. 335).

Em uma abordagem mais crítica, a historiadora Emília Viotti da Costa, citada por ALBERTO e GARKOF (2018), fala que a democracia racial teve como objetivo maior ocultar o racismo afirmando que “tornava mais difícil o desenvolvimento da consciência negra e menos provável o confronto social” (p. 341), e completa “a importância social do mito residia no que ele revelava sobre as disputas mais amplas, principalmente entre as elites sobre a natureza da sociedade e da política brasileiras” (p. 341).

A permanência de uma ideologia racial pautada pelas elites impactou também nos processos de organização da mobilização negra na América Latina em grande parte do século XX; muitas das narrativas consideradas nacionalistas eram evidenciadas nos discursos estatais de igualitarismo racial (PASCHELL,2018), tornando o ambiente inócuo para o desenvolvimento de uma crítica racial.

Já no final dos anos 70 e início dos anos 80, diversas mobilizações negras eclodiram em toda a América Latina, de acordo com Paschell (2018):

“três braços principais dessa mobilização: movimentos urbanos negros, movimentos de negros rurais ou etnoterritoriais, e movimentos de mulheres negras ou de negras feministas. Em vez de pintar a imagem de um movimento negro singular, sugiro que este seja um movimento de movimentos. Esses diferentes setores desenvolveram diferentes conceituações de negritude, articularam ideologias políticas e se engajaram em diferentes estilos de mobilização política, ainda que também tenham, de certo modo, se sobreposto. Juntos, esses movimentos provocaram a adoção de políticas etnoraciais que reestruturaram as sociedades latino-americanas de maneira substancial (p. 280).

Partindo do pressuposto da luta pela liberdade dos homens e mulheres escravizados na América Latina como conquista fundamental para uma cidadania, as estratégias de resistência por eles evidenciadas como “morosidade, doenças fingidas sabotagem e ações judiciais contra os senhores, fugas em massa da escravidão, revoluções e levantes, constituíram-se como uma forma de autoemancipação” (GURUDY; HOOKER, 2018, p.228).

Essas estratégias, segundo Gurudy e Hooker (2018), em primeiro momento que tiveram como objetivo a luta pela liberdade, tornaram-se o fio condutor e motor gerador das mobilizações que acompanharam as mudanças estruturais dos países latino-americanos ao longo do século XX. De acordo com as autoras:

“movimentos políticos e culturais negros do século XX, por exemplo, buscaram inspiração na história das fugas escravas e

da resistência, como se reflete na nomenclatura do grupo Quilombhoje, fundado em 1980 no Brasil, e na organização afro-colombiana Movimento Nacional Quilombola (*Movimiento Nacional Cimarrón*), fundado em 1982” (p. 228).

Nos processos pós-abolição que adentraram o século XX, uma das questões fundamentais para os afro-latino-americanos estava condicionada a entender o que significava, em termos de inserção social, a abolição. Sobre isso, Guridy e Hooker (2018) explicam:

“para os afro-latino-americanos, a abolição e a emancipação não necessariamente equivaliam à liberdade; recém – libertos tinham de disputar qual seria a sua posição nas sociedades pós - emancipação. Para muitos dos antigos escravizados, isso significava se encontrar nas camadas mais baixas de um sistema econômico em que seu trabalho continuava a ser explorado, agora com mão de obra ‘livre’ [...]” (p. 234).

A genealogia de uma cidadania afro-latino-americana perpassa o século XIX e adentra o século XX, em um ambiente que afasta os negros afro-latino-americanos de toda e qualquer formalidade estatal de uma ideia de liberdade e igualdade, mesmo já sob uma nova ordem política, a República. Ao longo do século XX, o debate em torno das ideias nacionalistas e participação política caminharam junto aos negros afro-latino-americanos e se inspiraram nas mobilizações globais pela luta por liberdade, como exemplo, a luta pela liberdade negra dos Estados Unidos e contra as ditaduras militares na América Latina.

A relação entre o político e o cultural será uma característica da forma de organização do afro-latino-americano (GURUDY; HOOKER, 2018), e isso torna-se evidente na valorização da consciência negra como forma de expressão da Negritude e cuja abordagem da resistência negra abrange tanto o aspecto cultural como político de um projeto emancipatório dos movimentos negros, impactando diretamente no reconhecimento constitucional da diversidade racial e cultural como também da implementação de políticas públicas pelos Estados latino-americanos, conforme Guridy e Hooker (2018):

“os movimentos negros do final do século colocaram desafios radicais às ideologias oficiais dos Estados que se apoiavam na ideia de harmonia racial e negavam a existência do racismo, a legitimidade de uma consciência negra distinta e formas específicas de organização política para pessoas de ascendência africana” (p. 253).

A busca constante por mobilidade social muitas vezes estava diretamente ligada às novas configurações do ser negro nas sociedades latino-americanas. Esse ser negro não é algo fechado, mas em plena construção, e todo esse processo associa-se à participação destes em grupos e movimentos sociais. A plena convicção do negro enquanto sujeito de direitos estava também associada ao que seu trabalho poderia lhe proporcionar, bem como à compreensão do seu papel na história dos países. Conforme afirma Andrews (2014, p. 24) “os negros em processo de ascensão social geralmente rejeitavam manifestações culturais com raízes africanas e os modos de vida e sociabilidade dos negros pobres, mas, ao mesmo tempo, não eram aceitos pela classe média branca”.

Portanto, pensar a cidadania negra latino-americana é entender em linhas gerais os avanços e retrocessos da construção institucional do papel do negro na sociedade de classes. Isso não é somente importante para o Brasil, mas, estende-se a toda parte sul do continente americano. Assim, como forma de buscarmos a compreensão dos caminhos que os afro-brasileiros construíram faremos a seguir uma discussão que remete aos processos de incorporação dos negros no Brasil e na Colômbia por meio de estatutos jurídicos de (des)igualdades e de políticas públicas.

Desigualdades, discriminações e políticas públicas

Em termos de uma construção coletiva como forma de combate às mazelas às quais os afro-latino-americanos foram submetidos durante os últimos séculos, e partindo para ações já dentro do campo institucional, teremos como ponto forte a ação direta dos movimentos sociais, e, em especial, do movimento negro como articulador das chamadas políticas de ações afirmativas, tanto no Brasil como na Colômbia.

Conforme Marcio Santos (2016), no final do século XX e início do século XXI, temos visto diversas mudanças constitucionais que influenciaram diretamente na plataforma dos governos e também nas políticas de Estado, principalmente aquelas ligadas às questões de reconhecimento e inclusão social.

A compreensão por parte dos governos de que o racismo e discriminação racial minariam qualquer forma de inserção social dos negros e, em paralelo, a aproximação desses aspectos à elevada parcela da população negra sujeita às desigualdades sociais, possibilitou, por parte dos governos, formulações e propostas

de equacionamento por meio de políticas públicas das questões sociais originadas do racismo estrutural.

Partindo do mesmo caminho para a luta antirracista, os movimentos negros brasileiros e colombianos construíram uma trincheira de enfrentamentos dentro do campo da institucionalidade por meio das ações afirmativas, objetivando ações construtivas com respostas mais diretas sobre as políticas raciais. Algumas instituições, tanto do sistema de justiça como do próprio governo, participaram através da inserção direta das demandas trazidas pelos movimentos negros a fim de obter garantias para implementação de uma agenda racial nas políticas governamentais (SANTOS, M., 2016).

De certa forma, as políticas de ações afirmativas configuram-se como um grande passo para o enfrentamento do racismo institucional, segundo M. Santos (2016, p. 142):

A formação racial do Brasil e Colômbia tem sido marcada historicamente pela produção sistemática da exclusão dos negros e indígenas na distribuição da riqueza social em benefício de suas populações brancas. Portanto, não há como dissociar a estrutura social forjada em meados do século XIX e início do século XX da atuação e investimento ativo do Estado e suas elites políticas no racismo institucional em ambas as sociedades.

Assim, torna-se primordial a participação do poder público por meio de políticas institucionais objetivando delimitar dentro de cada estado o avanço do racismo institucional que, segundo M. Santos (2016), é forjado em uma robustez estrutural, naturalizado nos espaços sociais e visto por muitos como parte do cotidiano.

Em um dos universos latentes do racismo institucional, como o campo de poder de um grupo sobre outro, torna-se fundamental, segundo Almeida (2018), entender os níveis de controle direto e indireto que esses grupos exercem sobre as instituições. De todo modo, compreendemos que toda instituição está de alguma forma sob forte influência de grupos que compõem o organograma social, principalmente os grupos que exercem o controle sobre ela; em linhas gerais, o racismo é parte da ordem social das instituições.

No entanto, mesmo que as instituições estejam sob a sombra e controle de determinados grupos, elas teriam como missão entender que o conflito é algo inerente

à sua composição, como também deveria ser inerente à sua constituição enquanto parte da sociedade o combate às desigualdades raciais.

Almeida (2018) nos explica que as instituições que têm como ponto central a preocupação com a questão racial deveriam investir na adoção de políticas que tenham por finalidades: a) promover a igualdade e a diversidade em suas relações internas e externas; b) trabalhar para remoção de obstáculos que dificultam a ascensão das minorias; c) manter espaços permanentes para debates e revisão de práticas institucionais; d) promover acolhimento após conflitos raciais e de gênero.

As instituições, mais precisamente as vinculadas ao organograma estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário), obviamente dentro do seu papel constitucional e em consonância com as demandas dos movimentos sociais, teriam responsabilidade direta em fomentar políticas públicas direta ou indiretamente para combater o racismo.

Tanto M. Santos (2016) como Almeida (2018) concordam no protagonismo dos movimentos negros para as organizações e efetividade das políticas; de tal maneira, na Colômbia como no Brasil, os movimentos sociais tiveram papel fundamental na construção dos direitos fundamentais constantes nos textos constitucionais de 1988 (Brasil)² e 1991 (Colômbia).

De forma específica no Brasil, temos diversas leis e documentos elaborados e aprovados para a valorização da cultura negra e formas para uma mobilidade social, como exemplo citamos: ensino de história e cultura africana - Lei 10.639/2003, Lei de Cotas nas universidades federais - Lei 12.711/2012, Lei de reserva de vagas para negro em concurso público - Lei 12.990/2014 e o Estatuto da Igualdade Racial. Na Colômbia, observam-se formas de valorização da cultura negra por meio da aprovação da Constituição de 1991 (COLÔMBIA, 1991) e do artigo 55, que contribui para a Lei n. 70 (COLÔMBIA, 1993), mais conhecida como a Lei das Negritudes de 1993, tendo também em paralelo às leis outras esferas de cunho administrativo dentro do próprio governo, com participação direta da comunidade negra nos chamados CONPES (Conselho Nacional de Política Econômica e Social), que foram responsáveis pelo estudo, mediação e implementação de medidas favoráveis às ações afirmativas.

² Coincidentemente à CF de 1988 foi também feita uma ampla mobilização pelo movimento negro para comemorar o centenário da Abolição. Nas mobilizações posteriores, como em 1995 na Marcha Zumbi dos Palmares, veremos a construção de agenda institucional com vias a cobrar do estado políticas públicas de combate direto às desigualdades raciais (SANTOS, 2016).

Objetivos e plano da tese

O objetivo geral desta tese é analisar como os Estados e os sistemas jurídicos e judiciais do Brasil e da Colômbia enfrentaram demandas de cidadania negra em diferentes dimensões: social, econômica e cultural.

Foram vistos até agora, em linhas gerais, os contornos históricos das lutas por direitos emancipatórios das populações negras na América Latina. No próximo capítulo, apresentaremos as bases teóricas da tese, centradas na teoria crítica sobre o direito, os direitos e as instituições judiciais de Franz Neumann e Axel Honneth. Na sequência (capítulo 2), estabeleceremos uma análise institucional do papel do direito estatal das instituições judiciais democráticas na efetivação da cidadania negra nos dois países selecionados.

O capítulo 3 e 4 trazem a apresentação dos casos judiciais selecionados, justificando suas escolhas e detalhando-os em termos das questões de direitos de cidadania enfrentadas pelas cortes constitucionais do Brasil e da Colômbia. Por fim, o capítulo 5 tem caráter conclusivo da tese, e apresenta uma análise sistemática e comparativa dos casos e dos dois países e seus tribunais em relação às questões históricas, políticas e teóricas colocadas nos capítulos iniciais.

CAPÍTULO 1: Abordagens teórico-críticas de um projeto emancipatório: uma análise do direito e do reconhecimento

O objetivo deste capítulo é demonstrar pela ótica conceitual de dois pensadores da teoria crítica contemporânea, Franz Neumann e Axel Honneth, a importância do debate em torno dos elementos da emancipação social, e que servem de base para a análise do objeto desta tese.

Entendemos esses elementos como sendo: (i) a ideia de Estado e de Estado de Direito; (ii) a importância do instrumento da lei nos processos emancipatórios; (iii) a aproximação do debate entre os conceitos de liberdade e de justiça; e, por fim, (iv) a relação entre justiça, conflitos sociais e reconhecimento.

O exercício a ser feito, portanto, é demonstrar com um olhar crítico as particularidades teóricas de Neumann e Honneth, contextualizadas em seus tempos e espaços históricos, com o intuito de construir elementos que nos ajudem a compreender a nossa realidade contemporânea e a forma como a emancipação social pelo caminho das instituições poderá concretizar-se.

1.1. A crítica de Neumann ao Estado de direito e o problema da emancipação

Analisando a constituição da ideologia burguesa sobre o Estado, Neumann (2014, p. 19) afirma:

A burguesia precisa da soberania para aniquilar forças locais e particulares, para fazer a Igreja recuar dos assuntos seculares, para estabelecer uma administração e um sistema judiciais uniformes, para proteger as fronteiras e travar guerras - e para financiar todas essas tarefas. A burguesia precisa da liberdade política para assegurar sua liberdade econômica.

Nessa concepção de Estado e de direito, a liberdade estaria caracterizada pelos direitos civis, e condicionada à vontade do soberano:

Os direitos civis... dependem somente da decisão do Estado, e, para preservar sua liberdade, o Estado não precisa se dirigir a ninguém em sua conduta a não ser a si próprio e não precisa considerar bom ou ruim nada além do que é bom ou ruim para si próprio, segundo seu próprio juízo. (NEUMANN, 2014, p. 20).

A ideia de liberdade que viria por uma estrutura baseada centralmente no Estado torna-se temerária, uma vez que este regulador se confunde com a sua própria regulação, atribuindo às formas de governo elementos de controle de seus súditos. No Estado de direito, a garantia da liberdade estaria garantida na institucionalidade da lei, ou seja, em sua afirmação baseada em princípios definidos, aparentemente distanciada da estrutura do Estado, como também acima dele.

O fundamento político da lei seria, na concepção burguesa, o direito natural; esse fundamento, originalmente revolucionário, ganharia caráter conservador na institucionalização da lei e do Estado de direito liberal. Segundo Neumann (2014, p. 23), “sempre que esse grupo conquista posições de poder, renuncia a todos os antigos ideais, nega a força revolucionária do direito natural e o transforma numa ideologia conservadora”³.

Essa concepção do direito natural em contraposição à lei política evidencia-se com o liberalismo, que defende a universalidade da lei positiva e sua centralidade no sistema.

Conforme Neumann (2014), caberia ao Estado, no campo do liberalismo concorrencial, a criação de uma ordem jurídica que estabelecesse mecanismos que fomentassem uma certa tranquilidade aos contratos constituídos pela burguesia na ordem econômica, dependente da previsibilidade do direito tanto na relação entre particulares quanto na relação destes com o Estado.

Nessa circunstância, a função da lei no contexto da livre concorrência estabelece claramente a necessidade de uma divisão de poderes dentro da estrutura do Estado, detentor da soberania, com a distinção entre *criação* e *aplicação* do direito, mas com a manutenção do controle político do Estado pela burguesia:

Disso decorre que os poderes precisam ser diferentes. Independentemente de seu significado político, a divisão de poderes é o elemento organizador da livre concorrência porque cria competências e demarcações claras entre as diferentes autoridades do Estado e, desse modo, garante a racionalidade do direito e sua aplicação. (NEUMANN, 2014, p. 44).

³ É possível fazer uma analogia com as mudanças decorrentes da ruptura institucional com o impeachment da presidente Dilma e a emergência de forças conservadoras em todos os setores da sociedade, antes beneficiárias de um modelo econômico e social de políticas públicas, mas agora críticas e protagonistas de um ultra movimento conservador contra os seus antigos ideais.

Portanto, a questão que se coloca é a da produção de leis gerais e universais (Poder Legislativo) e o da sua aplicação (Poder Executivo). Assim, o entendimento que se constrói recai também na interpretação de que os adventos de leis universais evidenciam um caráter de independência dos juízes e um aspecto da universalidade da lei.

O desenho institucional formado nesta concepção de Estado de direito afirma que a criação do direito e a função legislativa são as mesmas, e que não seria possível criar o direito fora do processo legislativo. A função do juiz seria, portanto, apenas a de preencher as lacunas com ajuda “da luz natural do sentido do direito e do saudável entendimento humano” (NEUMANN, 2014, p. 39).

Neumann afirma que a burguesia teria um papel importante como personagem no processo legislativo. Essa importância se afirmaria no esforço da burguesia em preservar dois pilares do direito liberal - a liberdade e a propriedade - como limitadores da supremacia do Legislativo na criação do direito.

Contudo, ao ocupar politicamente o parlamento, a burguesia traria qualquer perspectiva de avanços sociais em favor das demais classes, e que poderiam ser objeto de criação legislativa; disso decorre que a supremacia da lei parlamentar ocupa o centro da doutrina constitucional contanto que a burguesia tenha influência decisiva no Parlamento. Se o grau de influência da burguesia começar a diminuir, determinadas estruturas surgem no mesmo instante, a exemplo de novas doutrinas jusnaturalistas destinadas a reduzir a supremacia de um Parlamento em que representantes do operariado também exerçam influência.

Nesse contexto, a figura do aplicador da lei (o juiz) tem destaque, visto que “os juízes são, como Montesquieu os caracterizou, nada mais do que a boca que proclama as palavras da lei, ser inanimado” (NEUMANN, 2014, p. 34).

Dessa forma, as leis gerais produzidas no Parlamento devem ser aplicadas de forma previsível pelo Judiciário para a estabilidade de um sistema econômico concorrencial.

Esse modelo institucional geral, contudo, conhece variações históricas. A crítica de Neumann está baseada na análise de dois modelos históricos e institucionais de Estado de direito: o alemão (prussiano) e o inglês.

Na doutrina alemã, a constituição do direito é a interpretação do direito positivo, com entraves institucionais à mudança parlamentar do direito e com forte apelo à aplicação da lei positiva, ou seja:

O Estado de direito aparece aqui como a criação da burguesia alemã na qualidade de uma classe econômica ascendente, mas politicamente estagnada. Ela está satisfeita com a proteção jurídica de seus direitos de liberdade econômica e estava resignada em relação ao poder político estatal (NEUMANN, 2014, p. 48).

No caso alemão, a garantia jurídica dos direitos da burguesia independe do seu predomínio político-parlamentar e a forma jurídica deve garantir liberdade e segurança independentemente da estrutura política.

Por outro lado, a experiência inglesa do Estado de direito está menos baseada na aplicação do direito positivo e sim na supremacia do parlamento na formulação das suas leis; esse modelo assumiria, de acordo com Neumann, um caráter democrático institucional fortemente por meio da participação na construção legislativa.

No que se refere ao Estado de direito, em síntese, o modelo alemão não estaria interessado na geração da lei, mas quais impactos práticos ela teria na estrutura jurídica do Estado; por outro lado, o modelo inglês de Estado de direito, constituído pela grande influência da burguesia, entende que a formação do objeto da lei estaria atrelada ao interesse político, e, por sua vez, ao interesse econômico.

A experiência constitucional e política da República Weimar, contudo, buscava superar aquelas experiências anteriores ao Estado de direito, ao organizar-se formal e materialmente de modo a contemplar os interesses das diferentes camadas sociais, por meio de um sistema jurídico *racionalizado*. De acordo com Neumann (2014, p. 53): “aqui racional não tem apenas o sentido de produção de culpabilidade, mas também um sentido eminentemente social, ou seja, de que as vantagens do direito racional beneficiariam a classe trabalhadora e, para além dela, também os pobres”.

A comparação dessas três experiências históricas nos permite, a partir de Neumann (2014), diferenciar quatro tipos de estruturas dos sistemas jurídicos:

- a) A estrutura **formal** do sistema jurídico: liberdades garantidas por meio de leis gerais e independência dos juízes.
- b) A estrutura **material** do sistema jurídico: vinculado às estruturas capitalistas.
- c) A estrutura **política** do sistema jurídico: orientado sob a lógica da divisão dos poderes.

- d) A estrutura **social** do sistema jurídico: entendia a classe trabalhadora como parte do processo.

A experiência de Weimar teria a manifestação dessas diferentes estruturas, abrindo o Estado e seu direito à disputa de forças entre as classes e os interesses sociais.

Nesse contexto, ganharia destaque a função judicial do Supremo Tribunal, que, no ambiente do debate do impacto das leis gerais na sociedade, apresenta o elemento de revisor da constitucionalidade como um moderador de forças entre os interesses sociais presentes na política parlamentar (governo e oposição) e na institucionalidade da lei positiva (direito ordinário e constituição), caracterizando uma nova divisão de poderes da sociedade, “quanto mais forte for o poder do Estado, mais facilmente o juiz se submeterá à sua autoridade, quanto mais fraco for o poder do Estado, mais ele vai tentar implementar seus interesses de classe” (NEUMANN, 2014, p. 64).

A mera aplicabilidade do direito liberal cede lugar à concepção da ação política do juiz: “a decisão do juiz passa então a ser uma ordem política, um ato administrativo por meio do qual os interesses são equilibrados, mas que assume a forma de uma sentença judicial.” (NEUMANN, 2014, p. 68).

De modo a ampliar o debate em torno da ação política por meio da figura do juiz, Neumann aborda a construção de um ideal emancipatório no âmbito do campo social por meio da análise do direito do trabalho⁴. O que determinaria o caráter emancipatório sob a ótica da legalidade e da racionalidade do direito é, segundo Neumann, o conteúdo das relações jurídicas entre empregados e empregadores, acentuando-se claramente na superfície de um campo de luta pela manutenção de alguns privilégios (empresários), como também para a manutenção ou busca de direitos de vertente trabalhista (favoráveis aos trabalhadores).

Há uma determinada correlação de forças (relações de trabalho) que informa os conflitos políticos levados ao Legislativo (criação do direito) e ao Judiciário (interpretação da lei), sendo o juiz um ator político importante, mas não totalmente independente para a aplicação do direito de acordo com os interesses em disputa.

⁴ Vamos seguir o destino das cláusulas gerais no campo socialmente mais importante, o direito do trabalho, que tem seu conteúdo nas relações jurídicas entre empregados e empregadores. O poder privado é mais claramente visível na luta trabalhista.

No entanto, como afirma Neumann (2014), em momentos em que partidos ou mesmo sindicatos, a exemplo do sindicato dos trabalhadores, perdem influência política, as negociações junto ao Estado passam “a ser pura ideologia, a partir de então a cláusula geral passa novamente a ser pura sanção dos interesses do capital” (NEUMANN, 2014, p. 72).

Nesse sentido, o direito como parte fundamental do processo emancipatório está também condicionado às mudanças estruturais das relações de força e também na compreensão teórica sobre o direito e o Judiciário. Neumann explica que existem diferenças entre as teorias do positivismo e do institucionalismo no que se refere a esses aspectos, tendo por centro do debate a concepção de *sujeito de direito*.

Esse sujeito de direito ora aparecerá como parte do Estado, como no caso do positivismo, em que o indivíduo tem direitos subjetivos públicos perante o Estado, não sendo nem uma individualidade material nem o membro de um grupo social, e tendo o Estado como a figura central, e o juiz seria apenas o operador da lei.

Ao contrário, o institucionalismo se comportaria como uma teoria progressista e transformadora pelo fato de declarar guerra ao conceito de sujeito e de substituí-lo pelo conceito de instituição, que não encobre as diferenciações como o conceito liberal de sujeito de direito.

Embora o direito privado e o direito público sejam partes intrínsecas ao Estado, o institucionalismo entende um outro tipo de direito, o *direito social*, ou seja, um tipo de *direito autônomo*: o direito social é classificado como *direito comunitário*. Ele deve ser um direito criado independentemente do Estado, ou seja, criado por associações sociais como a igreja, as associações de trabalhadores e de empresários e as comunidades (NEUMANN, 2014).

Essa caracterização fortalece a ideia de um direito com caráter fortemente emancipatório, principalmente com a inserção de outro elemento interpretativo na jurisprudência, que tornaria as ações dos juízes mais livres, respeitando a lei, mas não ficando presos a ela. Entendem-se as interpretações das demandas modernas que fogem às tessituras legais, mas que abrangem um corpus interpretativo do aspecto da lei por um juiz que percebe o direito como ponto de criação e mudanças, de acordo com as experiências concretas dos diferentes grupos sociais.

Entretanto, não basta somente a vontade do juiz em buscar construir um imperativo categórico, nos termos de Kant, que vislumbre elementos-chave

norteadores da lei. O juiz estaria, como afirma Neumann, sob a sombra do Estado, que, por sua vez, para fazer valer esse imperativo, necessitaria encontrar um terreno solidificado, ou seja, um Estado que entenda e tenha a democracia como parte desse sistema.

Entendemos que o capitalismo monopolista que tem a sua “universalidade negativa, formal e limitada da lei no liberalismo não apenas possibilita a calculabilidade capitalista, mas também garante um mínimo de liberdade” (NEUMANN, 2014), em linhas gerais, ele afirma que a liberdade formal tem dois lados, e um desses lados incluiria também os mais fracos, dando a eles oportunidades jurídicas.

Aqui é possível encontrar, por meio dessa análise, um ponto de convergência para a possibilidade de uma prática emancipatória. Assim, para que o processo emancipatório se consolide é necessária uma base forte institucional que faça frente a mecanismos que tendem a controlar e moldar as instituições.

Desse modo, no contexto de sua análise, o pensador alemão entende que em outras realidades e momentos ser revolucionário implica lutar pela emancipação por meio das próprias categorias jurídicas, fornecendo, dessa forma, elementos para uma análise histórica e social do direito (RODRIGUEZ, 2017).

O caráter do ser revolucionário dentro da construção teórica de Neumann (2014) está no afastamento da verdade construída sobre os pilares do direito natural e uma aproximação, mesmo que lenta, do ideal libertário sobre um campo de luta por direitos, em um processo para dar concretude à política e aos direitos democráticos.

Tem-se como elemento central da obra *Império do Direito* (NEUMANN, 2013), a relação entre direito e emancipação, principalmente nas análises que o autor faz tendo como marco temporal a passagem do século XIX para o XX; é notório o seu entendimento que a construção da ideia de emancipação deve estar atrelada dentro do direito. Entretanto, o nível dessa construção está condicionado, por sua vez, à existência de um Estado de Direito, e que também necessita de um grau de liberdade das instituições para sua realização.

Pois, o caminho que o direito irá percorrer basicamente estaria vinculado ao tipo de Estado e, conseqüentemente, às suas instituições jurídicas, executivas ou legislativas, e também ao grau de liberdade que esse Estado e as suas instituições entendem e corroboram para a construção ou mesmo manutenção de espaço de luta por igualdade.

No conjunto dos processos oriundos do capitalismo moderno, mais precisamente a participação da classe operária na busca por direitos e a consequente conquista desses direitos, configura-se esse elemento como chave de uma ação fundamental garantidora de conquistas sociais por meio da luta social. As conquistas políticas e jurídicas da classe trabalhadora nesse processo constituiriam um caminho de sucessivas mudanças das condições materiais de vida, de valorização do direito como elemento de transformação e de formação de elementos institucionais capazes de contradizer os interesses da burguesia e fomentar diversos novos campos de lutas.

Desse modo, ao pensar a ideia de igualdade e desigualdade, estão intrinsicamente associadas as posições objetivas e as percepções do real significado do direito nesse processo, dessa forma: “ao prometer a igualdade a todos, o direito permite que as pessoas e os grupos sociais comparem sua condição uns com os outros e sejam capazes de formular suas percepções de desigualdade sob a forma de demandas por direitos” (RODRIGUEZ, 2013, p. 59).

Segundo Neumann (2013), a racionalidade do Estado contribui para que ele seja obrigado a responder às carências e vontades da sociedade e, dessa forma, abra espaço para que a sociedade deixe a condição de massa governada e passe a viver a vida política de forma plena, movida por uma autodeterminação consciente e livre.

Nesse sentido, ao pensar o papel das instituições, Neumann (2013) entende que as transformações decorrentes das ações que tenham como objetivo uma maior igualdade alicerçada em uma construção social do campo democrático poderiam tornar-se nulas ou mesmo falaciosas caso o ponto de transformação deixasse de ser o direito e a democracia e passasse para o uso da força por parte do governo. O intento seria a busca de uma normalidade de modo a equilibrar elementos do campo do direito com as demandas sociais para que de fato o direito torne-se democrático em uma sociedade civil realmente ativa.

No conjunto da busca por um equilíbrio de elementos do campo do direito, os direitos trabalhistas aparecem como exemplo da luta por direitos ou mesmo pela ampliação dos direitos.

Vejamos, não seria somente dentro da ótica do direito do trabalho; a aplicabilidade pura e simples da lei trabalhista como forma de garantia dos direitos, em linhas gerais, extrapola o simples garantidor financeiro, mas congrega o reconhecimento e a valorização individual, ou seja, encaminha-se para uma

abordagem emancipatória a partir do momento em que o direito trabalhista fala em uma manutenção da liberdade e reconhecimento dos corpos individuais.

Nesse sentido:

Sob um Estado de direito que funcione normalmente, é natural que as leis especiais sigam-se umas às outras. Seria possível reconstruir aqui, sob essa perspectiva, todo um século de lutas de empregados e empregadas, funcionários e funcionárias públicos, trabalhadores e trabalhadoras do campo, mulheres, negros e negras, indígenas, travestis, transex, transgênero, entre tantos outros grupos que tem buscado estampar sua diferença nas leis do Estado. (RODRIGUEZ, 2013, p. 62).

De modo oportuno, logra-se o surgimento de leis especiais a fim de incluir outros sujeitos de direitos antes fora do campo da normatividade. Entende-se também um esforço por parte dos legisladores em acompanhar essas nuances, como também o caráter interpretativo da lei pelo Poder Judiciário.

Conforme afirma Rodriguez (2013, p. 63), “o surgimento de novos problemas jurídicos, de novas complexidades, numa democracia, nunca vai cessar”; assim, a questão é entender se aqueles que fazem parte da lógica legislativa e interpretativa entendem esse movimento e corroboram para uma oportunidade de inserção social que vislumbre uma emancipação. Questões essas abertas que serão respondidas ao longo do trabalho.

A discussão construída nessa primeira parte do trabalho estava centrada no entendimento da funcionalidade da lei enquanto elemento de emancipação. Nesse sentido, entender a dinâmica da construção do objeto “lei”, o seu contexto, e o seu nível de inserção social, faz parte do trabalho daqueles que se dedicam a estudar a emancipação pelo campo jurídico.

De modo a ampliar o debate em torno dos direitos emancipatórios, dedicamo-nos a seguir a uma análise interpretativa das realidades sociais sob a ótica interpretativa da teoria crítica, que compreende em seus vários momentos históricos a ideia de que o estudo da emancipação é parte fundamental para aqueles que querem entender a dicotomia da modernidade.

1.2. Honneth e a construção contemporânea da lógica emancipatória dentro da teoria crítica

Tendo como um dos referenciais teóricos deste trabalho, apresentamos aqui as análises de Axel Honneth (2003; 2015; 2018) sobre os conflitos sociais, de forma a entendermos como a sua teoria contribui para o debate contemporâneo sobre os processos emancipatórios.

O caminho que iremos trilhar nessa empreitada de compreender a forma que Honneth enxerga as possibilidades de transformação da sociedade será assim dividido: em um primeiro momento, trataremos da ideia de liberdade e justiça; em um segundo momento, falaremos da relação entre justiça, conflitos sociais e reconhecimento; fecharemos a discussão aproximando os conceitos trabalhados por Honneth ao problema da emancipação.

Honneth é considerado um dos grandes referenciais teóricos da teoria crítica contemporânea, e seu debate está pautado por questões ligadas aos conflitos sociais em luta por reconhecimento.

As suas interpretações teóricas construídas ao longo do século XX são por vezes conflituosas - visto sua forma particular em elaborar um caminho para a teoria crítica, dentro de um escopo não puramente marxista materialista -, mas dão o tom de sua identidade enquanto pensador em torno das ideias de “reconstrução” e “social”. Segundo Nobre (2013, p. 11):

Formulados dessa maneira os traços gerais de seu modelo crítico, pode parecer que eles não permitem distinguir especialmente a posição de Honneth de qualquer outra no campo da teoria crítica. Afinal, aferrar-se a uma visão da sociedade que não seja centrada no Estado, analisar a vida social concreta do ponto de vista da tessitura dos conflitos e da repressão que caracterizam o mundo ainda não emancipado é o que caracteriza o campo crítico desde que foi inaugurado por Marx.

Desse modo, torna-se evidente a grande preocupação de Honneth que é constituir elementos para que construam sua visão de mundo em termos teóricos, dentro de um quadro que parte do social e dentro de uma visão que não privilegie a uma vertente puramente funcionalista e econômica.

Embora Honneth tenha tido uma grande influência de Habermas (1997), principalmente da teoria da ação comunicativa, ele faz uma crítica à visão limitada do

social e seu papel em segundo plano na obra de seu contemporâneo, não entendendo o conflito enquanto instrumento que corrobore a uma outra visão de mundo.

O modelo crítico de Honneth avança sobre as estruturas ou mesmo as instituições sociais; desse modo, a crítica a Habermas (1997), segundo Nobre (2013, p. 13), seria:

Um equívoco avanço no sentido de retornar a primazia inaugural do 'social' na tradição crítica, ela foi ao mesmo tempo ainda insuficiente para superar o 'recalque definitivo do social' (representando segundo Honneth pela teoria da sociedade de Adorno), limitando-se ao final, a uma 'transformação teórico - comunicativa da Dialética do esclarecimento', insuficiente, portanto, para reconquistar para o 'social' a primazia que lhe deve caber em uma perspectiva crítica. A virada comunicativa só pode ser levada até o fim mediante uma reconstrução que se coloque plenamente do ponto de vista do social.

Em um campo interpretativo que configura a sua teoria, Honneth (2015, p. 9) explica:

Valendo-me do modelo da 'filosofia do direito' de Hegel, minha intenção era desenvolver os princípios de justiça social diretamente sob a forma de uma análise da sociedade. Como eu havia deixando claro em um trabalho de alguns anos antes, isso eu poderia ter conseguido se as esferas constitucionais de nossa sociedade fossem conceituadas como materializações institucionais de determinados valores, cuja imanente pretensão à realização pudesse servir para indicar os princípios de justiça específicos de cada esfera.

Os objetivos que Honneth (2015) apresenta estão relacionados aos modelos normativos que devem fazer parte da nossa vida em sociedade, sociedades essas que se constituem dentro de um aparato de sistemas liberais democráticos, tendo a liberdade como um ponto central desse aparato conceitual.

Nas palavras de Honneth (2015, p. 10), "toda e qualquer esfera constitutiva de nossa sociedade materializa institucionalmente um determinado aspecto de nossa experiência de liberdade individual". Dessa forma, a noção moderna de justiça está condicionada à efetividade dos meios possíveis que legitimem de fato o ideal de liberdade nas sociedades contemporâneas e, para a efetiva realização desse ideal de liberdade, são sempre necessárias condições sociais especiais e considerações recíprocas entre os indivíduos.

O pensador tem uma preocupação com a compreensão da realidade, visto que construir uma interpretação moderna de liberdade recai no entendimento do

momento ao qual esse conceito estaria vinculado, ou seja, para entender os princípios que coadunam a liberdade, devemos ter em mente os passos que a humanidade deu para tal, como também analisar e dar importância às oportunidades, aos riscos e às patologias de nossas liberdades específicas de determinadas esferas.

As sociedades modernas foram marcadas por várias representações do real papel do sujeito, a exemplo da ideia de igualdade. Ao modelar um paralelo das representações das sociedades modernas, Honneth (2015, p. 34) afirma:

Entre todos os valores éticos que tentam vingar na sociedade moderna, e, ao vingar, tornam-se hegemônicos, apenas um deles mostra-se apto a caracterizar o ordenamento institucional da sociedade de modo efetivamente duradouro: a liberdade no sentido da autonomia do indivíduo.

Entendemos que Honneth (2015) coloca o conceito de liberdade como um marco das sociedades contemporâneas, que condiciona a sua preocupação em pensar a ideia de liberdade com a ideia de autonomia individual.

Para construir esse percurso, o autor fala que a autonomia é um elemento que tem a capacidade de confluir uma associação sistemática entre o individual e o ordenamento social. Em linhas gerais, a autonomia está condicionada à forma que o indivíduo representa o que é bom para ele, como também o impacto dessa representação individual no ordenamento social.

Honneth (2015, p. 35) afirma “que o valor do sujeito humano reside em sua capacidade de autodeterminação”, não basta somente ser livre e autônomo, mas esse sujeito tem por obrigação entender o todo e as regras do convívio social.

Dessa forma, ele explica:

Então, o princípio da autonomia individual já não se separa da ideia de *justiça social* e das reflexões sobre como ela deve ser instituída na sociedade para tornar justos os interesses e necessidades de seus membros. Por maior que seja a importância de tudo o que, como perspectivas éticas, vier a se acrescentar ao discurso sobre justiça, sempre ficará à sombra do significado do valor desfrutado pela liberdade do indivíduo no ordenamento social moderno (HONNETH, 2015, p. 36).

Outra preocupação de Honneth (2015) é a representação de uma teoria da justiça constituída ao longo da história moderna, que se confunde com as questões ligadas à autonomia individual, e condiciona uma crítica a outras interpretações do

sujeito que inferiorizava simplesmente pelos seus atributos biológicos, justificando um padrão ético de convívio social.

Para Honneth, a ideia de uma teoria da justiça constitui-se diretamente pela análise da sociedade, dos seus padrões normativos e das relações de reconhecimento constituídas nos processos de interação social.

Em seu livro, “O direito à liberdade”, Honneth, buscando apresentar os caminhos para a sua ideia de uma justiça pela via da teoria social, apresenta quatro premissas que irão constituir o seu debate, que são: primeira premissa, a forma de reprodução social de uma sociedade é determinada por valores e ideais compartilhados e universais; segunda premissa, o conceito de justiça deve ser compreendido dentro dos valores e ideais definidos por aquela sociedade; terceira premissa, pensar uma teoria da justiça tendo como padrão a diversidade da sociedade em questão; e, quarta e última premissa, manter a preocupação que uma teoria da justiça deve estar atrelada aos valores reais da sociedade e não somente a mudanças interpostas pelas instituições (Honneth, 2015, p 32).

Tendo compreendido essas premissas e o grau de importância da relação entre a ideia de justiça e os valores étnicos que permeiam a sociedade moderna, o marco conceitual que direciona a nossa análise do pensamento de Honneth neste trabalho está na sua visão da liberdade e da autonomia do sujeito como ponto central do ordenamento institucional.

Nesse sentido, o que rege as relações sociais humanas modernas é, antes de mais nada, a potencialidade autônoma dos indivíduos dentro de um campo de ação que permite a liberdade e que estrutura a lógica institucional, conforme afirma Honneth, “o valor do sujeito humano reside em sua capacidade de autodeterminação” (2015, p.35).

Dessa forma, a autodeterminação teria um papel fundamental para entendermos o tipo de direito que Honneth nos apresenta. E esse direito vai sendo constituído mesmo que de forma subjetiva por uma composição de alguns elementos. A aproximação entre o princípio da autonomia individual, o convívio social e a ideia de justiça social configura uma tipologia do direito honnethiano que remete a pensar a sociedade e os seus aspectos fundamentais para fazer-se real a lógica da igualdade e dos reais interesses dos membros dessa sociedade.

Na composição da sociedade moderna, o duplo elemento justiça social e liberdade individual está permeado por pré-condições modernas de existência social,

diversas formas de expressão do sujeito associadas à sua autonomia individual descaracterizam a realidade vigente, de acordo com Honneth:

“mediante a comprovação da origem a partir das disposições culturais, deve ser simplesmente descartado o que era até então considerado fronteira natural da autodeterminação individual como a identidade biológica de gêneros ou determinadas concepções do corpo humano. Hoje em dia, nem ética, nem crítica sociais podem fingir transcender o horizonte de pensamento que, há mais de dois séculos na modernidade, instaurou-se mediante a associação da representação de justiça com as ideias de autonomia” (2015, p.37).

O paradoxo da modernidade da ideia de justiça configura-se muitas vezes no entendimento que as transformações sociais são oriundas de determinações coletivas, de uma vontade geral da comunidade, quando, na realidade, o que vai fazer de fato a existência de um padrão de justiça social para aquela sociedade é o grau de liberdade individual à qual os indivíduos estão expostos.

O direito crítico que Honneth nos apresenta, e que será interpretado neste trabalho como meio para emancipação social, nasce da ascensão do sujeito individual aos quadros da estrutura social e sua potência de ação questionadora de leis e normas sociais vigentes, ou seja, “nessa liga ética importa muito mais, e de maneira irreversível, que o projeto de normas justas venha a confiar tão somente na força dada ao espírito humano de cada indivíduo” (2015, p. 38).

O lugar que o indivíduo ocupa nesse reordenamento social é que dará o tom da tipologia de justiça, pois todo esse processo torna-se válido pela sua capacidade individual; a capacidade individual de:

“questionar os ordenamentos sociais e de exigir em conformidade com a sua legitimação moral é a sedimentação do meio no qual a perspectiva de justiça segundo a sua estrutura tomada como um todo, está domiciliada.” (2015, p.38).

Dessa forma, a constituição das sociedades modernas orienta-se também no exercício contínuo da formulação e reformulação da ideia de justiça, associando-se a esse movimento e com um grau de potencialidade de autodeterminação individual, e insere-se como meio de questionar o ordenamento social e seu quadro de leis.

Se os valores reais e as ideias de justiça são definidos pela sociedade, e cabendo aos sujeitos livres o poder de definir os caminhos e enlaces sociais que eles

trilham, muito marcado pela sua autonomia, faz-se necessário compreender também sobre o olhar de Honneth a correlação da liberdade com o Estado.

O imaginário do conceito de liberdade como parte intrínseca ao sujeito humano passou por diversos revezes ao longo da história humana, muitas vezes acompanhado da interpretação de um sujeito que, com a sua posse, tornar-se-ia senhor do seu próprio destino e do destino dos outros, e, por vezes, questionado pelos limites reais da sua própria ação quando comparado a outros sujeitos tão livres como ele. Isso evidencia-se na discussão que Honneth faz sobre as tipologias de liberdade a fim de evidenciar a sua concepção de justiça, e, no contexto da nossa argumentação, a liberdade reflexiva à luz da interpretação de Kant, fortemente discutida pelo autor em contraposição à liberdade negativa⁵ de Hobbes; avança, assim, a compreensão da ideia de liberdade moderna que seja:

“A liberdade reflexiva, que Kant tem em vista, consiste na implementação da perspectiva segundo a qual eu tenho o dever moral de tratar todos os demais sujeitos da mesma maneira, como autônomos, como eu próprio esperaria ser tratado por vocês” (HONNETH , 2015, p. 65).

De acordo com Honneth, a ampla utilização dos direitos subjetivos pelos indivíduos está baseada nas diversas esferas da eticidade que, por sua vez, propicia a legitimidade à luta por emancipação do indivíduo. A contemporaneidade inseriu fortemente entre os seus quadros estruturantes um tipo de liberdade dependente do Estado, ou melhor, das instituições judiciais, chamada por Honneth de liberdade jurídica, em seus termos:

“nas sociedades modernas e liberais prevalece, desde seus primórdios, uma unidade altamente abrangente, pois os indivíduos só podem se compreender como pessoas independentes dotadas de uma vontade própria se contarem com direitos subjetivos que lhes concedam uma margem de ação que, protegida pelo Estado, lhes possibilite uma prospecção de suas propensões, preferências e intenções” (2015, p. 128).

⁵ A construção da ideia de uma liberdade negativa insere-se no debate trazido por Hobbes no “Leviatã”, quando da sua afirmação de que a liberdade “em um sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos ao movimento)” (2015, p.43). De acordo com Honneth, para o indivíduo ter sua liberdade, não deveria haver impedimentos internos (questões psíquicas, o medo) e nem mesmo resistências externas (ações do Estado), quaisquer ações dessas poderiam reter a capacidade natural do homem em fazer transformações seguindo a autodeterminação individual.

Quando avançamos nosso olhar para a realidade social, identificamos que a liberdade que o homem moderno almeja está associada também ao nível de proteção que o Estado pode dar a esse homem, ou seja, “a ideia de que a base de todas as nossas liberdades apresenta uma autonomia privada juridicamente garantida, a concepção assim delineada, passou até hoje por poucas mudanças” (HONNETH, 2015, p. 128) .

Embora a ideia de uma liberdade plena baseada na autonomia individual interligada à interação intersubjetiva dos indivíduos tenha caminhado nos processos evolutivos das sociedades, a inserção de um padrão institucional de organização da vida em sociedade, em um contexto de novas demandas que extrapolam a solução de problemas e conflitos sociais puramente pela ação comunicativa, requer a assunção do Estado, na figura das instituições judiciais, e plena convicção dos indivíduos que a liberdade pode ser juridificada.

O direito, segundo Honneth, tem uma função primordial no processo emancipatório, tornando-se o elo entre o sujeito e o Estado nos processos de busca por reconhecimento. No entanto, por diversas vezes, o direito acaba por ser compreendido como a única forma possível de questionar valores morais e práticas sociais perante os tribunais, direcionando a ação dos sujeitos.

Entretanto, Honneth não tem por objetivo descaracterizar o direito moderno e o seu modelo de liberdade aplicado aos sujeitos; a sua preocupação é perante as transformações sociais e os novos modelos coercitivos da vida em sociedade, modelos esses baseados em uma racionalidade tanto econômica quanto social dos indivíduos, descaracterizando as lutas históricas por uma liberdade baseada nos direitos subjetivos e que, de certa forma, tornar-se-ia dentro desse quadro de ideias, os elementos essenciais para formação da identidade dos indivíduos.

A inserção da categoria dos direitos subjetivos no quadro de direitos da modernidade, dentro de um escopo de um modelo de justiça condizente ao tempo presente, não foi algo construído do dia para a noite.

De acordo com Honneth, a consolidação de liberdade das ações subjetivas se deu em paralelo a mudanças institucionais pelas quais as sociedades passaram, e, dentre essas mudanças, poderíamos falar na essência do que é o Estado, ou seja, uma obra dos indivíduos livres e cujo entendimento de que a vontade geral é o que

de fato deve ser posta como ponto principal, e, também, a compreensão geral de que regras e normas gerais passaram a servir a todos, ou seja, os direitos positivos.

A aproximação entre a liberdade e o Estado configuraria o que abrangemos como Estado Democrático de Direito, que, nas palavras de Honneth, poderia ser assim compreendido em um ambiente “em cujo seio dos destinatários dos direitos positivos podiam se compreender simultaneamente como seus autores” (2015, p. 129).

Notadamente, esse Estado funcionaria como garantidor da autonomia coletiva, que por sua vez deveria também entender a nova dinâmica posta na ordem moderna, baseada na associação entre os cidadãos e a sociedade civil quando das formas de deliberação sobre os direitos que seriam a todos concedidos e como estes deveriam ser implementados.

Os diversos momentos de aspiração social da modernidade tiveram como um dos seus principais lemas a “liberdade individual”, associada a demandas por reconhecimento social. Segundo o autor:

Os adeptos dos movimentos nacional-revolucionários e as defensoras da emancipação feminina, os membros dos movimentos trabalhistas e os combatentes dos *Civil Rights Movement* combateram as formações jurídicas e sociais de desrespeito, que consideravam inconciliáveis com as reivindicações de autoestima e autonomia individual. Até nos sensores de sua percepção moral os adeptos desses movimentos sociais estavam convencidos de que a justiça exigia que fossem concedidas a cada indivíduo as mesmas chances de liberdade (HONNETH, 2015, p. 37).

Por todos esses aspectos, Honneth (2015) estabelece que justiça e liberdade individual são elementos indissociáveis. A autodeterminação individual está amplamente ligada a todas as representações de justiça e a orientação pela justiça configura-se na nossa capacidade subjetiva de justiça, ou seja, questionar os ordenamentos sociais, vislumbrar o impacto moral ao qual essa perspectiva de justiça está associada, respeitando o terreno em que esse padrão de justiça está inserido.

Essa amplitude prático-normativa do ideal de justiça que os indivíduos tendem a buscar corresponde também ao seu nível de participação da vida em sociedade, ou seja, em entender o seu papel como coautor dos movimentos que levaram à construção de um campo no qual se permite a sua autonomia.

Por isso tudo, o autor afirma:

Nessa medida, a fusão da representação de justiça às ideias sobre a autonomia vai se constituir numa irreversível aquisição da modernidade, que só pode regredir ao preço da barbarização cognitiva. E, onde uma regressão desse tipo efetivamente acontece, ela suscita indignação moral nos humores de todos os que a presenciarem que não estejam eles próprios envolvidos em tal jogo. (HONNETH, 2015, p. 39).

O desenho interpretativo que abrange a teoria do reconhecimento de Axel Honneth (2015) está, a princípio, relacionado à importância que o autor atribui aos conflitos sociais, em uma perspectiva que compreende os diversos processos transformativos pelos quais passam as sociedades.

O objetivo atribuído à teoria do reconhecimento de Honneth (2015) está minimamente interligado a uma análise crítica da realidade social, crítica essa que parte da análise objetiva dos potenciais elementos capazes de transformar efetivamente essa realidade como também tornar funcional os modelos de justiça.

Desse modo, ao pensar os problemas das sociedades, principalmente aqueles ligados ao campo social, Honneth (2015) defende que caberia aos intérpretes da realidade social a elaboração de caminhos que aproximem o padrão teórico a potencialidades emancipatórias concretas.

Ao trazer o caráter moral dos conflitos sociais, Honneth (2015) distancia-se de outros intérpretes da teoria crítica⁶, que a conceituam no centro de uma teoria puramente materialista (BRESSIANI; SILVA, 2017; NOBRE, 2003). Entender o potencial emancipatório no campo honnetiano é aproximar a realidade social das normas e, conseqüentemente, dos conflitos sociais como forma de identificar o que Honneth chama de uma “gramática moral”, como via de construção de uma trincheira de luta de superação das diferenças.

A luta por reconhecimento, para Honneth (2015), extrapola o aspecto puramente individual; ela só terá sentido se estiver amplamente conectada com o coletivo e tenha uma identificação clara, ou seja, esteja atrelada aos conflitos sociais motivados.

⁶ “Entre esses intérpretes, Max Horkheimer, Habermas, Adorno, que configuraram cada um aos seus padrões de compreensão da realidade social sobre um panorama crítico de análise. Alguns aproximando mais a vertente marxista outros seguindo um caminho de postura de combate, mas olhando para os elementos sobrecarregados com o fardo do paradigma horkeimeriano e que acabam por impedir, de outra maneira, uma imagem da sociedade que seja de fato e plenamente expressão teórica do social” (NOBRE, 2013, p. 12).

Portanto, essa luta também está atrelada a: “motivos existencialmente fortes: ela se impõe contra formas de desrespeito que se equiparam à invisibilidade e à morte social daqueles que a sofrem, aniquilando-os em sua qualidade de sujeitos livres e singulares” (BRESSIANI; SILVA, 2017, p. 162).

Outro fator existente nas diversas interpretações dos movimentos de conflito das sociedades é o que alguns autores chamam de “ocultação” do conflito, permeado por uma visão romântica dos problemas, que propaga a inserção dos conflitos em uma concepção biológica ou evolutiva, ou seja, o conflito seria algo naturalizado no seio da sociedade, mas que para muitos a sua existência por si só não configura uma lógica de ruptura social.

Por outro lado, o conflito em termos de lutas sociais implica diretamente no desenvolvimento da sociedade como também na reprodução de outros aparatos que contemplem a moral dos sujeitos. Dessa forma, quando falamos em reconhecimento, estamos também aproximando o contexto de lutas sociais à busca pela integração do sujeito na sociedade.

O termo reconhecimento pode ser assim definido:

Reconhecimento refere-se àquele passo cognitivo que uma consciência já constituída ‘idealmente’ em totalidade efetua no momento em que ela reconhece como a si mesma em uma outra totalidade, em outra consciência; e há de ocorrer um conflito ou uma luta nessa experiência do reconhecer-se no outro, porque só através da violação recíproca de suas pretensões subjetivas os indivíduos podem adquirir um saber sobre o outro também se reconhece como uma ‘totalidade’. (HONNETH, 2003, p. 63).

Tendo como base a definição do reconhecimento, relacionada à consciência dos sujeitos de si e do outro, Honneth busca em Hegel as primeiras explicações sobre o reconhecimento em um campo não concorrencial, mas com base nas relações intersubjetivas da ação humana, e introduz a dinâmica socialmente constitutiva do reconhecimento (BRESSIANI; SILVA, 2017, p. 163).

Partindo para o campo da psicologia social, Honneth (2015) afirma que Mead (1980) seria o exemplo mais fiel em termos teóricos e interpretativos do reconhecimento proposto por Hegel; nesse sentido, Mead (1980 apud HONNETH, 2015) desenvolve uma teoria que procura mostrar a importância das relações intersubjetivas de reconhecimento para a formação da autoconsciência individual, ou

seja, quando os indivíduos entram em crise é que eles passariam a refletir sobre aspectos da sua individualidade.

Esse processo da autoconsciência individual associa-se à perspectiva do olhar do outro com relação ao sujeito que necessita compreender o seu papel na sociedade; para isso, a autorrelação é fundamental para a existência da autoconsciência individual, o que o autor define como “ME”. Desse modo, para que isso ocorra, os indivíduos devem entender que ação só se configura mediante o contato com o outro.

Se a relação com o outro é fundamental para a formação da autoconsciência individual, a ideia do reconhecimento ao direito estaria em Honneth ao afirmar que os direitos fazem surgir no ser humano a consciência de poder respeitar a si próprio, porque ele merece o respeito de todos os outros.

O direito moderno inclui os sujeitos no princípio de igualdade, perfazendo um aspecto de valorização de suas capacidades individuais e a exigência do respeito por todos os outros membros da sociedade.

Dentro dessa linha, o autor explica que as teorias de justiça, embora estejam permeadas por uma normatividade que por vezes tenta organizar a vida jurídica e social, são obrigadas a conviver com os conflitos sociais e com a disputa pelos direitos, configurando o reconhecimento. O direito assumiria a função de ampliar a todos a possibilidade às bases reais do reconhecimento.

Nesse contexto, a autocompreensão dos sujeitos está diretamente condicionada ao reconhecimento social desses sujeitos, que, por sua vez, os coloca em um patamar valorativo, que produz, segundo Honneth (2003), o que ele chama de *estima social*. A estima social “se refere ao reconhecimento obtido socialmente pelas capacidades singulares e contribuições específicas de cada um, na cooperação social” (BRESSIANI; SILVA, 2017, p. 176).

Partindo por uma compreensão mais abrangente do déficit de estima social, os movimentos sociais contemporâneos assumiriam dentro do seu escopo do campo de lutas um olhar diferenciado mais próximo do cultural, como via de aproximação das demandas que nascem das lutas sociais tanto simbólicas como materiais. Dessa forma, os movimentos sociais:

[...] conseguem chamar a atenção da esfera pública para a importância negligenciada das propriedades e das capacidades representadas por eles de modo coletivo, tanto mais existe para eles a possibilidade de

elevar na sociedade o valor social ou, mais precisamente, a reputação de seus membros. Além disso uma vez que as relações da estima social, como já havia dito por Geord Simmel, estão acopladas de forma indireta com os padrões de distribuição de renda, os confrontos econômicos, pertencem constitutivamente a essa forma de luta por reconhecimento. (HONNETH, 2003, p. 208).

Outro fator existente na teoria do reconhecimento de Honneth são as relações sociais da estima social. No desenho teórico desenvolvido pelo pensador: “estimar-se simetricamente nesse sentido significa considerar-se reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum” (HONNETH, 2003, p. 210).

Nesse ponto, nos aproximamos da discussão do autor sobre as relações sociais da estima social e a emancipação, visto que um sujeito de fato se insere em um ambiente social e fomenta reconhecimento quando permite manter um nível de tolerância com outro indivíduo, reconhece os particulares do outro sujeito, pensa de forma harmônica com as expectativas alheias de reconhecimento.

1.3. Uma síntese do debate: lutas por reconhecimento, direito e instituições judiciais

A construção deste capítulo centrou-se em apresentar elementos das abordagens teóricas de Neumann (2014) e Honneth (2015) que possam ser úteis à análise do objeto desta tese, ou seja, a forma como as instituições judiciais de Brasil e Colômbia interpretam demandas por justiça da população negra desses países.

Não buscamos fazer uma revisão teórica exaustiva dos escritos dos dois autores, mas, sim, à luz do que eles construíram, identificar os elementos chaves constitutivos do olhar que construiremos mais adiante, quando da análise das ações judiciais em questões que envolvem a defesa dos direitos fundamentais das populações negras de Brasil e Colômbia.

Nesse sentido, Neumann (2014) reafirma princípios que norteiam a clássica ideia do diagnóstico do tempo, característica da teoria crítica, em um período em que o modelo de capitalismo monopolista⁷ consolida-se e o direito liberal deixará de ser

⁷ A passagem do modelo de capitalismo concorrencial para o capitalismo monopolista evidencia uma grande participação do Estado como intervencionista, marcando radicalmente a correção Estado e Capital.

um instrumento de dominação de classe e se tornará uma mediação possível para a emancipação humana.

Tendo construído seu pensamento por meio de uma crítica teórica de uma realidade viva ao seu tempo, no entendimento de Franz Neumann (2014) a emancipação humana poderia constituir-se sem rupturas drásticas, fazendo prevalecer-se por meio das instituições e tendo como meio de processo da sua constituição o direito liberal.

No entanto, em determinados momentos as rupturas acabam por assumir um caráter revolucionário, ao afirmar que a entrada da classe operária no parlamento alemão como também a estrutura nazista de Estado configuraram uma nova ordem social e, por sua vez, uma nova forma de fazer e pensar o direito liberal.

De acordo com Rodriguez (2008; 2017), as mudanças por que passou o direito burguês no início do século XX foram determinantes para o movimento de passagem do caráter ideológico para o caráter emancipatório do direito liberal, muito disso impactado pela forma como foram sendo constituídos os processos de regulação da sociedade.

A questão para Neumann (2014) não é atrelar a emancipação humana aos padrões estabelecidos pelo sistema capitalista, mas entender se esse capitalismo⁸ tem capacidade de perpetuar-se dentro de um Estado de Direito. Para o pensador, a tríade *direito, instituições e emancipação* deve ser vista como um elemento de força, que, mesmo sobre os diversos movimentos de ruptura e contrastes ideológicos, deveria ser sempre compreendida como o caminho para as garantias de liberdade e igualdade.

Se por um lado temos um direito que se torna emancipatório em contextos nos quais a demanda por garantias individuais e coletivas ganham notoriedade e as lutas sociais determinam, segundo Rodriguez (2008), uma nova aplicabilidade e uma nova interpretação dos padrões de racionalidade do direito, tanto pelo olhar dos seus operadores como pela forma de utilização desse direito como elemento de emancipação, por outro Neumann também nos chama atenção para a ideia de instrumentalização do direito, ou seja, o seu uso para objetivos específicos e que

⁸ Segundo Rodriguez (2008, p. 100), “a passagem do capitalismo competitivo para a fase monopolista também é a transformação do direito liberal e nessa fase, o direito passa ao centro da reprodução social e, portanto, torna-se uma arena privilegiada de luta de classes”.

demonstram um distanciamento das instituições e das mudanças no ordenamento social, político e econômico.

Portanto, as lutas sociais dentro do ambiente das instituições por meio da participação política são elemento-chave que demonstra que a ideia de uma emancipação humana está sendo efetivada, corrobora claramente com uma organização da sociedade para o enfrentamento de padrões de controle impostos muitas vezes pelo Estado. A separação em termos de objetivos entre a Sociedade e o Estado é o que, segundo Neumann, dará o tom de um potencial caráter emancipatório do direito.

E tudo isso só será possível se respeitada a liberdade de manifestação desses grupos, manifestação esta que pode aparecer e ser feita por diversas formas e por diversos grupos e movimentos sociais, como movimento negro, LGBTQ+, feminista, ambientalista etc.

Nesse aspecto torna-se interessante a leitura de Neumann e a aproximação à discussão proposta neste trabalho de doutorado, visto que embora o autor tenha se dedicado a pensar as potencialidades do direito como elemento da emancipação humana, sempre em um contexto em que esse direito seja parte constitutiva dessa sociedade emancipada, em conjunto que seja respeitada a liberdade desses indivíduos e o campo das lutas sociais potencializando-se dentro das instituições, conseguimos identificar aqui, talvez em contraste à visão de emancipação proposta por Honneth, a ausência de um debate em torno da ideia de identidade ou dos padrões culturais que poderiam estar atrelados à forma que o grupos fazem uso do direito como potencial emancipatório.

O que estamos querendo dizer é que, quando pensamos o campo de luta dos afrodescendentes, *a priori*, vemos também diversas outras questões inseridas e muitas não estão ligadas ao debate em torno do reconhecimento cultural dos negros e ao respeito às suas diferenças. Dessa forma, muito antes de pensarmos em redistribuição material ou mesmo em formas que o direito se apresenta como emancipatório, o primordial seria discorrermos em como fazer esses indivíduos compreenderem o seu papel enquanto partícipes das mudanças estruturais da sociedade na qual eles estão inseridos, isso é pensar a sua identidade.

Compreendemos que simplesmente inserir esses grupos na trincheira de luta por direitos sociais, sem antes tornar visível quem eles são e o que, em termos morais, os aflige, simplesmente tornaria o uso do direito e das instituições um tanto

sem sentido se levarmos em conta a plenitude do processo emancipatório que perseguimos neste trabalho; no entanto, se seguirmos por outro viés, buscando construir um olhar diferenciado do processo, aproximando a ideia de identidade cultural com o direito, assim, em nossa compreensão, a emancipação humana tornar-se-ia algo mais concreto.

Pensar os elementos que constituem o objeto a ser construído neste trabalho acadêmico, que seja a correlação existente entre a identidade cultural e a tipologia do direito como forma de emancipação, é também parte do processo de reconstruir a teoria e também a práxis, ou seja:

[...] procurar elaborar um diagnóstico crítico de época, que descreva tanto as tendências dos processos sociais efetivos e suas potencialidades emancipatórias como também as 'patologias' e os obstáculos que impedem a emancipação e a realização de uma sociedade livre e justa. (WERLE; MELO, 2008, p. 183).

Partindo por esse entendimento de que a interpretação da realidade social pode ser feita por olhares críticos diferentes em um ambiente de lutas contemporâneas, a exemplo da busca pelo reconhecimento social e jurídico das identidades particulares, demonstra-se o universo de possibilidades para análise do fenômeno social e fenômeno jurídico.

Axel Honneth (2003), como todo teórico crítico, dedica-se a fazer as interpretações das realidades sociais, partindo do pressuposto daquilo que foi sendo construído e daquilo que ainda será objeto de questionamento; ele busca em sua referência teórica mais próxima, ou seja, Habermas (1997), os elementos de uma releitura do déficit normativo da teoria crítica e uma inclusão do olhar sociológico para as questões que nascem do contexto das dinâmicas sociais.

O objetivo de Honneth (2003) não é superar Habermas (1997) e todo o seu trabalho sobre a análise da sociedade com o viés comunicativo⁹, a base do pensamento de Honneth está na compreensão da ação do sujeito enquanto elemento chave da transformação da realidade social, e isso está atrelado às relações que vão sendo construídas com os outros, ou seja, o reconhecimento mútuo.

⁹ "No modelo habermasiano, pode-se explicar como um processo de racionalização comunicativa do mundo da vida pode desdobrar-se historicamente, mas não como ele se reflete nas experiências dos sujeitos humanos como um estado moral de coisas" (WERLE; MELO, 2008, p. 185).

Nesse sentido, imersos nesse universo no qual o olhar sobre a realidade constrói-se dentro de um panorama sociológico, processos sociais do cotidiano como socialização, construção de identidade, integração social e reprodução cultural ganham corpo e forma nas ações diretas dos sujeitos e da coletividade e expressam-se de forma categórica nas lutas por reconhecimento.

Da mesma forma que Neumann (2014), Honneth (2015) também mantém a preocupação em identificar quais são as causas responsáveis pela violação das condições de reconhecimento, ou melhor, do impedimento da emancipação. Essas violações agiriam de forma conjunta com as ações conflituosas no meio social, que impedem também o processo de construção das identidades pessoais e coletivas dos indivíduos; isto posto, o olhar que Honneth propõe na luta por reconhecimento é repensar formas de compreensão de tudo que irá impactar no ambiente social, as patologias sociais e os elementos emancipatórios relativos àquela realidade social.

Em termos de uma análise da proposta honnettiana de emancipação que se aproxima ao que buscaremos responder no nosso trabalho, recai aqui principalmente o debate em torno da formação, construção e valorização das identidades sociais, que, no caso em questão, trata da identidade negra. Sobre esse ponto, Werle e Melo (2008, p. 188) afirmam:

[...] o indivíduo só pode ter uma relação positiva consigo mesmo se for reconhecido pelos demais membros da comunidade, e quando esse reconhecimento não é bem sucedido (pela ausência ou falso reconhecimento) desdobra-se uma luta por reconhecimento na qual os indivíduos procuram restabelecer ou criar novas condições de reconhecimento recíproco.

A dinâmica do processo que envolve o reconhecimento recíproco relaciona-se com a crise das três dimensões, categorizadas por Honneth (2003) que direcionam ao indivíduo a forma elementar para sua vida em comunidade. A primeira dimensão parte para o campo de pensar o sujeito em sua essência, nas relações de amor e amizade, a segunda dimensão abrange as relações jurídicas próprias, a inserção desse sujeito dentro do ambiente da moralidade social, e a terceira dimensão é a solidariedade social ou estima social.

A ideia de Honneth (2003) ao categorizar em dimensões os padrões de reconhecimento e que fazem parte da vida cotidiana dos indivíduos é buscar demonstrar qual seria, em termos weberianos, o tipo ideal de modo de vida dentro de

alguns princípios básicos da vida em sociedade, mas que, no entanto, na ausência destes, remete à experiência das lutas sociais como mecanismo de buscar valorizar a autoconfiança, o autorrespeito e autoestima, em um ambiente que trabalha de forma constante para a exclusão de sujeitos nos espaços sociais. Desse modo, a luta por reconhecimento seria um mecanismo de enfrentamento com base em uma força moral que impulsiona os sujeitos no desenvolvimento de ações de confronto nos campos sociais, políticos e institucionais.

Dessa forma, as lutas sociais pelo reconhecimento alcançam tanto o lado cultural, aspecto não tão evidente em Neumann (2014), mas também o lado institucional, aqui vemos uma aproximação dos dois pensadores quando da ideia das forças representativas que alicerçam o processo emancipatório.

Tanto no contexto cultural como no contexto das instituições, toda e qualquer ação negativa que tente desacreditar a capacidade do sujeito em modelar e definir sua identidade deve ser combatida, e isto expressa-se na forma em que Honneth (2003) conceitua como desrespeito social. O desrespeito social aparece contrapondo-se a cada tipo de reconhecimento, e surge no seio social na forma de privação de direitos, exclusão, degradação e ofensas, tanto individuais como coletivas, ou seja, “cada uma delas abala de modos diversos a auto relação prática da pessoa, privando-a do reconhecimento de determinadas dimensões de sua identidade” (WERLE; MELO, 2008, p. 189).

Tendo compreendido que o desrespeito social em sua forma de negação de direitos e degradação das formas de vida corrompe e alicerça de forma contrária o idealismo do reconhecimento na forma expressa de direito e estima social, a mobilização política torna-se um fator central para restabelecer as relações de reconhecimento, extrapolando o âmbito da individualidade e ampliando as demandas para um patamar globalizante:

[...] o surgimento de movimentos sociais depende da existência de uma semântica coletiva que permita interpretar as expectativas de desapontamento pessoal como algo que afeta não só o eu individual, mas também o círculo e muitos outros sujeitos (WERLE; MELO, 2008, p. 190).

Sobre isto, podemos ver as demandas sociais dos movimentos negros latino-americanos, mesmo respeitando as suas particularidades culturais regionais e o contexto no qual a sua luta se organiza, é evidente a ampliação e as trocas de

formas de luta contra o resultante direto dos problemas inerentes ao desprestígio social.

A tríade, *desrespeito, luta por reconhecimento e mudança social*, é que define o desenvolvimento dos movimentos coletivos, e, segundo Honneth (2003; 2015), o que de fato faz motivar as lutas sociais desses movimentos são as diversas crises morais que envolvem o cotidiano desses indivíduos. A aproximação dessa tríade também perpassa quando da releitura da realidade social da ação direta ou indireta das instituições (judiciais) e qual o grau de influência e convergência nesse processo emancipatório. Nesse ponto destacaríamos formas de pensar de que maneira as transformações institucionais e os seus processos complexos aproximariam as dinâmicas normativas gerais dos conflitos sociais ao longo dos tempos.

Se o objetivo central da teoria crítica é elaborar um diagnóstico da realidade e das potencialidades emancipatórias, a construção de uma linha do tempo que permitisse analisar os avanços e retrocessos, tanto dos padrões normativos como institucional, torna-se necessária, principalmente no momento em que Honneth atualiza suas análises aproximando a discussão do campo das lutas sociais com o campo da justiça.

Buscando construir um olhar efetivo sobre as interpretações e as transformações da realidade social, no capítulo seguinte, faremos uma análise das mudanças constitucionais, do papel das instituições e do movimento negro no processo de construção dos direitos emancipatórios.

CAPÍTULO 2: O papel do direito estatal, do movimento negro e das instituições judiciais democráticas na efetivação da cidadania afro-latino-americana

O objetivo deste capítulo é demonstrar o papel das instituições judiciais e do movimento negro na construção dos direitos emancipatórios, e como esse processo impactou na efetividade da cidadania afro-latino-americana.

Para isso, demonstraremos como os direitos fundamentais foram aparecendo e se concretizando em direitos emancipatórios nos textos constitucionais do Brasil, em 1988, e da Colômbia, em 1991. Também traçaremos linhas gerais sobre a conformação e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Corte Constitucional colombiana.

2.1. Brasil

2.1.1. O Supremo Tribunal Federal

A história do Supremo Tribunal Federal conflui com as mudanças políticas nas quais o Brasil estava imerso. Desde o império até o início da república, a ideia da constituição de um poder judiciário independente de outras instituições políticas fez parte de todo movimento institucionalizado, e da consequente formulação e implantação de diversos textos constitucionais. Se pegarmos já pela Constituição de 1824, veremos um exercício em estabelecer a denominação e formação dessa instituição que, por aquele momento, foi chamada de Superior Tribunal de Justiça.

Em termos de marco temporal, o Supremo Tribunal Federal na República teve a sua fundação em 28 de fevereiro de 1891, juntamente com a Constituição de 1891, e tendo como abordagem o controle da constitucionalidade das leis, de acordo com os artigos 55 a 59 do novo texto constitucional. Esse movimento aconteceu dois anos após a proclamação da República, ainda sob governo provisório, com o novo tribunal constituído por quinze membros nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado (BRASIL, 2018).

No decorrer da história das constituições e dos regimes políticos brasileiros, o padrão de funcionamento do Supremo Tribunal Federal foi também se reconfigurando, seja na sua composição, seja na sua capacidade institucional.

Em termos de jurisdição constitucional, diversos pesquisadores das Cortes Constitucionais latino-americanas entendem, dentro da perspectiva histórica, os modelos europeus (concentrado) e difuso (norte-americano) como norteadores do controle da constitucionalidade.

De forma objetiva, o sistema americano tem um modelo próprio que implica na permissão dos juízes que fazem parte do Poder Judiciário para revisar atos de constitucionalidade de leis quando referenciados a casos concretos, e o objeto das suas decisões não são de caráter geral, incidem apenas sobre as partes do processo. Quando do conflito entre a lei e a Constituição, a Suprema Corte norte-americana não age diretamente em ações de inconstitucionalidade, todo o processo questionado nasce dos questionamentos oriundos das instâncias inferiores, ou seja, ela não tem o monopólio de interpretação constitucional das leis (ARANTES, 1997).

Por outro lado, o modelo europeu encaminhou-se para o modelo do controle das leis, nesse sentido o monopólio do controle constitucional é de responsabilidade da Corte Constitucional e por isso é denominado de concentrado. Diferentemente do modelo norte-americano, esse modelo autoriza a Corte Europeia a julgar as leis pelo instrumento da ação direta de inconstitucionalidade e o efeito da decisão tem o caráter geral¹⁰.

No caso brasileiro, como afirma Arantes (1997), a Constituição Federal de 1988 nos permitiu combinar os modelos, revisão judicial e controle constitucional, podendo ser considerado como um sistema híbrido (ARANTES, 1997). Em linhas gerais, esse sistema híbrido vincula-se à Constituição Federal (CF) de 1988, ao permitir os mecanismos de ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e sendo capaz de executar de forma abstrata o controle das leis e do revisionismo judicial de modo mais abrangente, como também permitir o uso do instrumento da ação de constitucionalidade e inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Em se tratando das mudanças que o texto constitucional de 1988 trouxe para o Supremo Tribunal Federal, destacamos a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade por omissão (ADO), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Além desses instrumentos trazidos pela Constituição

¹⁰ Esse modelo abstrato de constitucionalidade tem algumas particularidades de acordo com modelo constitucional do país. A primeira experiência desse modelo foi feita por Hans Kelsen e aplicada na Áustria, logo depois na Alemanha, Itália após a Segunda Guerra Mundial.

de 1988, temos a ampliação para nove do rol dos agentes com legitimidade a propor e fazer uso das ADs¹¹. Além deles, devem ser citadas a ação civil pública e a ação popular como instrumentos judiciais da justiça comum que têm potencial de levar causas coletivas ao Supremo, bem como o papel do tribunal como instância recursal extraordinária das diversas questões levadas às instâncias inferiores da justiça brasileira.

A reformulação do sistema de justiça, em 1988, demonstra uma reorganização intencional do legislador em modificar a sua estrutura de poder, com o tribunal constitucional agora funcionando como árbitro de questões de alto alcance social e político.

Esse grande movimento de consolidação política para o poder judiciário configura-se em dois conjuntos interpretativos, um primeiro que interpreta como positivo, pois o mesmo só aconteceria em democracias consideradas consolidadas e cujo entendimento compreende a “descentralização e domesticação do poder político” (ARANTES, 1997, p. 205); e outro associa-se à “delegação de poderes como via diminuir a responsabilidade estrategicamente” (ARANTES, 1997, p. 205), também como uma espécie de análise estratégica e de previsibilidade por parte dos legisladores, já pensando em um equacionamento de forças políticas, como exemplo a volta de períodos autoritários.

De qualquer modo, Arantes (1997, p. 198) traduz de forma clara o real impacto dessa adoção de preferência por transferência de poderes:

[...] a ampla transferência de autoridade para o Judiciário e para cortes constitucionais não deve ser tomada facilmente com um natural e progressivo desenvolvimento da democracia, mas deve ser examinada também à luz da interação estratégica entre elites interessadas em se proteger da incerteza futura que a própria política democrática acarreta.

¹¹ Os agentes com legitimidade a partir da CF/1988 são: o presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados, a mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do DF, o governador de estado e do DF, procurador da República, Ordem dos Advogados do Brasil, Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, Confederações Sindicais (artigo 103, BRASIL, 1988).

2.1.2. Cidadania negra no Brasil: mudanças constitucionais, tribunal constitucional e lutas sociais

2.1.2.1. As mudanças constitucionais e o tribunal constitucional

Dentre os diversos olhares para a América Latina, principalmente os que buscam compreender o que nos diferencia em termos das nossas instituições perante outras partes do continente, deparamo-nos com as nossas raízes históricas e culturais, como a nossa composição étnica e principalmente as longas e variáveis mudanças institucionais pelas quais os diversos países do continente sul-americano passaram ou vêm passando.

Alguns dos aspectos que nos levam a entender o real impacto dessas mudanças institucionais estão nas formulações e reformulações dos textos constitucionais, nas estruturas das suas instituições políticas e jurídicas como também no grau de interferência na sociedade; quando determinadas mudanças oscilam entre a democracia e a ditadura, tendem a se aproximar ao obscurantismo cultural, social e político.

Em quase toda a primeira metade do século XX, conforme aponta Magalhães e Carvalho (2014), a construção constitucional esteve atrelada aos processos considerados pelos autores como multilaterais, ou seja, esses processos foram desenhados por vários outros atores políticos¹², não somente aqueles ligados diretamente ao meio político e cujos resultados fortaleceram o dinamismo democrático. Podemos explicar em termos de multilateralidade as constituições federais do Brasil de 1946 e 1988.

Se olharmos tanto para a constituição de 1946 quanto para a constituição de 1988, vemos que os processos constituintes definitivos foram antecidos por uma assembleia constituinte e todo o movimento sendo construído em um ambiente de exaustão dos modelos ditatoriais (1937 e 1964), tendo como objetivo a busca pela redemocratização.

Dessa forma, quando olhamos a cronologia dos textos constitucionais, principalmente a forma como foram-se desenhando as ideias, tornando-se projetos e configurando-se como parte do texto constitucional, entendemos e respeitamos o

¹² Entendemos aqui como outros atores políticos: sindicatos, partidos políticos, associações de classe, grupos sociais e a sociedade civil no geral.

tempo e o espaço (ações exógenas aos processos democráticos, como a Segunda Guerra Mundial na CF/1947 e o fim da Guerra Fria na CF/1988), como também o grau de limitação e o nível de participação dos atores sociais e políticos em determinada época (participação de partidos de esquerda na constituinte CF/1947 e CF/1988); buscamos, também, mensurar a produção em termos de direitos fundamentais anteriores e posteriores à aprovação do textos constitucionais.

Um dos grandes temas centrais nos debates sobre constitucionalismo latino-americano está na construção e inserção nas constituições dos direitos fundamentais, principalmente nas constituições do século XX.

No Brasil, vemos um grande avanço na CF de 1934 com a introdução de novos direitos. Na CF de 1937, embora institucionalizada sob um regime autoritário no qual os direitos fundamentais tornaram-se incompatíveis, procurou-se manter os direitos fundamentais clássicos e algumas novidades, exemplo a impossibilidade de aplicação de pena de morte. Com relação à CF de 1946, já no período da redemocratização, houve avanços e muitos se assemelham à CF de 1934 em termos dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas com uma particularidade dos direitos políticos, principalmente com relação ao voto. Já a CF de 1967/1969, outorgada no contexto do período posterior ao golpe militar, basicamente não tiveram avanços, apenas manutenção do que já havia na CF de 1946, mas agora sob a organização dos atos institucionais. No que diz respeito às garantias dos direitos fundamentais pela ação direta da sociedade civil, a CF de 1988 foi, conforme estudos, aquela que respondeu mais diretamente aos anseios da população, e integrando em si todas as dimensões dos direitos da primeira a terceira geração, ou seja: os civis, os políticos, os econômicos, os sociais e culturais e, por fim, os direitos à solidariedade e à fraternidade (humanos).

De todo modo, Groff (2008) explica que no período de 1978 a 1985¹³ o Brasil já dava sinais de uma abertura democrática culminando em novo capítulo para a história brasileira após 20 anos de ditadura militar. Com o novo momento político brasileiro, a consolidação de uma nova Constituição, apelidada de Constituição cidadã, efetivou o acesso a diversos direitos fundamentais.

Em se tratando da estrutura de um Estado que se permitiu transformar agregando parcela da sociedade que estava fora tanto do processo político como

¹³ Retorno do multipartidarismo, eleições diretas para governadores, e, em 1984, o movimento pelas diretas já.

também do uso das instituições, a CF de 1988, já em seu artigo primeiro dos princípios fundamentais, diz que “o Estado brasileiro é um Estado democrático de direito” e amplia em seus outros artigos terceiro e quarto elementos de reconhecimento dos indivíduos em sua plenitude dentro daquilo que se entende como Estado de direito¹⁴.

Na linha que trata da divisão dos poderes da República, principalmente no que tange ao Poder Judiciário, a CF de 1988 cria o Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo este agora o poder de guardião das leis federais (art.105), como também a criação de cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) em substituição ao Tribunal Federal de Recursos (art. 106).

Essa reorganização do sistema judiciário, objetivando tanto a celeridade dos processos e decisões, mas mesclando também com a ampliação de formas reais de acesso à justiça, é um marco desse novo processo constitucional e alguns dos aspectos inovadores do novo texto constitucional são os juizados especiais de pequenas causas¹⁵, que significaram um importante avanço na concretização dos direitos fundamentais.

2.1.2.2. O movimento negro brasileiro no processo constitucional

Dentro desse processo de inclusão dos direitos fundamentais nos textos constitucionais, outros atores tiveram expressão e protagonismo. A participação do movimento negro em momentos anteriores e posteriores à CF de 1988 demonstra claramente que por meio da mobilização política e pressão sobre determinados grupos seria esse o momento de transformar expectativas de direitos em leis objetivas.

¹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

¹⁵ A lei 7244 de 1984 criou os primeiros Juizados Especiais de Pequenas causas. A CF de 1988, em seu artigo 98, torna obrigatório pelos Estados a criação dos juizados especiais ampliando o conceito de pequenas causas.

Dentre as organizações políticas e culturais afro-brasileiras que tiveram maior interferência junto ao processo constituinte de 1987/1988, citamos o Movimento Negro Unificado (MNU), cuja fundação foi em 1978.

Em termos de representação na Assembleia Constituinte, a participação da população negra brasileira, que à época era de 46%, foi de apenas 11 representantes negros em um universo de 559 membros, ou seja, apenas 2%.

Segundo Quintans e Gay (2011, p. 12):

[...] é importante ressaltar que, não fosse a presença e pressão militante desses novos atores antes invisibilizados, como movimentos negro, de luta pela terra, indígenas, sindicatos, mulheres, homossexuais entre outras minorias que se organizaram, e levaram suas demandas e propostas às audiências públicas e às subcomissões temáticas da ANC, provavelmente a CF/88 seria ainda mais tímida na proteção dos direitos e na promoção de políticas para os setores excluídos historicamente da construção do Estado Brasileiro, uma vez que a ANC representou antes de tudo uma composição de interesses das diversas classes e de setores político partidários conservadores.

A representação da população negra na Assembleia Nacional Constituinte foi sendo construída através da subcomissão dos Negros, das Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, em que a ação ativa do MNU contribuiu para uma agenda de assuntos prioritários à causa.

Alguns anos antes da Assembleia Nacional Constituinte, diversas outras entidades da sociedade civil que mantinham uma proximidade com a temática racial reuniram-se na Convenção Nacional do Negro em 1986; dentre as principais questões estavam a inclusão no debate constitucional de grandes temas ligados ao respeito, reconhecimento e reconstrução de narrativas do papel do negro enquanto ator principal e não coadjuvante da formação histórica do Brasil.

Conforme explicam Quintans e Gay (2011), questões ligadas à proteção dos remanescentes de quilombos e titulação de territórios, políticas públicas e afirmativas de proteção cultural e religiosa, como também de combate à violência política e carcerária já apareciam como demandas urgentes a serem debatidas em um momento importante da nossa história recente, em um contexto que propunha tornar lei atos insanos historicamente constituídos no seio da sociedade.

Saindo do campo do discurso e das proposições diretas de mecanismos legais, compreende-se a importância da organização do movimento negro junto ao

corpo legislativo. Vários são os elementos que comprovam que por meio da ação desse movimento questões do mais alto grau de importância para a comunidade negra brasileira começaram a fazer parte do seu cotidiano.

Nos estudos de Johnson III (2000) sobre a representação racial e política no Brasil, principalmente nas análises sobre os parlamentares negros no Congresso Nacional no período de 1983 a 1999, o pesquisador norte-americano aponta elementos que já identificavam no campo das lutas sociais formas de conquistar e manter os direitos fundamentais.

Segundo Johnson III (2000), a questão racial nunca foi considerada um fato importante nos estudos políticos brasileiros, talvez, segundo o autor, pela ojeriza que os brasileiros tenham da palavra raça e todo o peso cultural a ela atribuído. No desenrolar da sua análise das transformações políticas brasileiras ao longo do século XX, buscar identificar movimentos, manifestações, atores e organizações que tratavam da questão negra dentro do sistema político por vezes é uma tarefa complicada, visto que basicamente ao longo de toda a história racial brasileira o que identificamos são processos de desconstrução da identidade negra, seja por via científica (eugenia) como também pela falta de representatividade.

De acordo com Johnson III (2000), para entendermos a questão dos direitos fundamentais do negro no Brasil desde o final do século XIX até o século XX, teríamos que basicamente revisar a história da política brasileira pós-abolição, que, segundo o autor, foi dividida em cinco períodos: o período republicano inicial dominado pela oligarquia constitucional (1889-1930); a revolução de 1930 e o primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945); o período de competição política (1945-1964); o autoritarismo militar (1964-1985); e, finalmente, o período de redemocratização, de 1985 até hoje.

No ciclo desses cinco períodos, o movimento negro sempre teve uma participação fundamental na luta principalmente contra o racismo e discriminação racial. Sobre esse ponto, já no final dos anos 70 e começo dos anos 80, segundo Johnson III (2000), no campo das lutas sociais a questão do racismo continua imperando, no entanto, o movimento negro se constituiu também como um movimento social com a sua causa própria, mas não deixando de questionar a realidade social na qual está inserido. Nesse sentido, acreditamos que aqui nasce um movimento social que compreende que as lutas contra o racismo deveriam ampliar-se para o campo da luta por reconhecimento e pelos direitos emancipatórios.

Dentre as proposições incorporadas no texto constitucional que tiveram participação do movimento negro, temas ligados aos campos dos direitos políticos, culturais, sociais e econômicos apresentaram aceitação e tornaram-se parte da CF de 1988. Dentre estes, citamos os que tratam especificamente dos direitos e liberdades fundamentais, da violência policial que incide sobre a população negra, questão carcerária, direito das mulheres, o debate em torno da reforma curricular obrigando o ensino da história da África e do Negro no Brasil, do crime de racismo, construção de um debate em torno da liberdade de religião não especificando diretamente as religiões afro-brasileiras mas contemplando o exercício ao seu culto, a não diferenciação de trabalhadores por atividade e remuneração por conta de sua cor, com relação à questão territorial, mais precisamente a questão quilombola, os artigos 215 e 216 e o artigo 68 da CF de 1988 protegem tanto por meio da valorização da ancestralidade cultural negra como também o direito à propriedade da terra de forma definitiva¹⁶.

A nós, enquanto pesquisadores da temática dos direitos emancipatórios da população negra, fica a observação de que temas ora levados ao centro do debate das comissões e subcomissões da constituinte foram alvo de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos posteriores à carta constitucional de 1988, como exemplo ações diretas de inconstitucionalidade da lei de cotas, algumas ações relacionadas à questão da religiosidade africana, mais precisamente o uso de animais em rituais, como também da demarcação de terras para os quilombolas, temas esses que serão tratados nos capítulos posteriores.

¹⁶ Sobre essa questão da territorialidade negra, iremos discutir nos capítulos seguintes, visto ser um dos temas que serão analisados por meio dos casos comparados a questões do território dentro de um campo de resistência cultural e fortalecimento da identidade racial.

Quadro 1 - Legado do movimento negro na construção do texto constitucional e infraconstitucional no pós CF/1988

Ano	Documento	Síntese do documento
1988	CF/1988 - artigo 3º, inciso IV	Trata do princípio da não discriminação como um dos objetivos do Estado Brasileiro.
1988	CF/1988 - artigo 5º, inciso XVII	Punição para qualquer tipo de discriminação que atente contra os direitos e liberdades fundamentais. Também a questão da liberdade religiosa foi inserida nesse artigo. Prática de racismo torna-se crime inafiançável e imprescritível.
1988	CF/1988 - artigo 4º, inciso VIII	Repúdio ao racismo.
1988	CF/1988 - artigo 7º, inciso XXX	A não diferenciação de salário por cor.
1988	CF/1988 - artigos 215 e 216 e artigo 68	Direitos dos remanescentes de quilombo no Brasil. Propriedade definitiva da terra.
1989	Lei n. 7.716/89 e Lei 9.459/97	Lei Caó, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor
2003	Decreto n. 4.887/03	Regulamenta a questão das terras dos remanescentes dos quilombos.
2003	Lei n. 10.639/03 e Lei n. 11.654/11	Estabelece a obrigatoriedade da inclusão nos currículos oficiais do ensino de História e Cultura Afro-brasileira
2010	Lei n. 12.288/10	Estatuto da Igualdade Racial
2012	Lei n. 12.711/2012	Estabelece em âmbito federal a política de cotas nas universidades e institutos federais.
2013	EC n. 72/2013	Ampliação dos direitos trabalhistas aos empregados domésticos.
2014	Lei n. 12.990/2014	Reserva de 20% das vagas em concursos públicos da administração federal.

Fonte: elaborado pelo próprio autor

2.2. Colômbia

2.2.1. A Corte Constitucional da Colômbia

Em termos históricos, o surgimento da Corte Constitucional Colombiana vincula-se às mudanças constitucionais latino-americanas a partir dos anos 80, e a isto insere-se a Constituição de 1991.

O caminho percorrido até a criação da Corte Constitucional Colombiana aproxima-se às mudanças interpretativas da realidade social, ou seja, o objetivo maior do legislador constitucional era proporcionar um avanço no reconhecimento das diferentes culturas e concepções da sociedade colombiana como um todo, fato não tão observável nos textos constitucionais anteriores. Dessa forma, esse órgão de justiça constitucional nascia no meio de um processo de mudança constitucional com a obrigatoriedade da aplicação e concretização dos direitos fundamentais.

A Corte Constitucional da Colômbia é composta por nove juízes, todos nomeados pelo Senado Federal, por meio de uma lista tríplice apresentada pelo Presidente da República, pela Corte Suprema e pelo Conselho de Estado¹⁷. Os juízes têm mandato de oito anos, que não são renováveis. Outro aspecto interessante da escolha e nomeação dos magistrados está no fato de que nenhum deles pode ser Ministro de Estado caso tenha feito parte da última eleição; em termos de competência, a Corte Constitucional tem prerrogativa do controle da constitucionalidade.

A ideia do controle jurisdicional de constitucionalidade não é nova na Colômbia, a Constituição de 1910 já inovaria ao incluir o instrumento da ação pública de inconstitucionalidade, segundo o qual qualquer cidadão poderia questionar decretos ou leis contrárias ao texto constitucional. No Brasil, veremos essa abertura somente a partir da Constituição Federal de 1988, para um rol determinado de atores legitimados a fazer tal tipo de propositura judicial.

A partir do momento em que o texto constitucional permite o uso do instrumento da ação pública de inconstitucionalidade por qualquer cidadão (SILVA, 2014), identificamos aqui sobre o exame da Corte Constitucional ações populares que

¹⁷ Dados da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados nos documentos "Tribunais Constitucionais" de autoria do consultor legislativo Newton Tavares Filho (2009).

contribuiriam diretamente para “o acesso à justiça e a participação democrática, considerando o caráter cidadão dessa técnica jurídica” (SILVA, 2014, p. 196).

Desse modo, entendemos que a partir da Constituição de 1991, o protagonismo da Corte Constitucional Colombiana torna-se evidente, pois esta permite abertura à participação do cidadão na dinâmica jurídica por meio da busca por direitos ora aqui considerados emancipatórios.

2.2.2. A efetividade dos direitos fundamentais na Colômbia: mudanças constitucionais, tribunal constitucional e lutas sociais

2.2.2.1. As mudanças constitucionais e o tribunal constitucional

O modelo constitucional colombiano não fugiu à regra das constituições do continente contemporâneas a ele, configurando em seu texto constitucional formas de participação democrática; dessa forma, a opção que os movimentos por emancipação social seguem estaria na ampliação da participação política e na “esperança de intensas transformações sociais por meio do Direito” (BRANDÃO, 2015, p. 82).

De modo determinante, pensar os direitos emancipatórios na Colômbia é associar diretamente a constituição desses direitos à luta indígena por reconhecimento. Tendo como base o protagonismo indígena na construção do pluralismo jurídico, a Constituição Colombiana de 1991 trouxe para o centro do debate o direito especial dessas comunidades nativas.

Conforme Brandão (2015, p. 87),

o papel da Constituinte de 1991 foi propor uma sociedade nacional baseada em diferenças, incorporando direitos a favor das comunidades indígenas, direitos coletivos sobre seus territórios e reconhecendo a autonomia das autoridades tradicionais indígenas no sistema de justiça.

A Constituição de 1991 nasce com uma disposição progressista fortemente alicerçada no reconhecimento da cultura latina como forma de contraposição aos modelos hegemônicos ocidentais.

Dessa forma, a construção dos direitos emancipatórios colombianos associa a ampla valorização do texto constitucional, propagando uma tipologia de um Estado que se permite ser *Social de Direito*, e, como parte importante desse processo,

a compreensão do sistema democrático como marco à valorização da pessoa humana.

Segundo Yepes (2007), desde o estado de sítio e de regimes de exceção, com fechamento do Congresso de 1949 até 1991, ou seja, 42 anos de regimes de exceção civil, a Colômbia só voltaria a respirar a democracia com a promulgação da Constituição de 1991, basicamente com controle judicial emergindo pela ação da Corte Constitucional. Esse controle de constitucionalidade na Colômbia tem como tradição um longo período de quase 80 anos, que vem desde 1910 pela Corte Suprema de Justiça. Essa Corte participou de importantes decisões, por vezes até polêmicas.

Com o surgimento da Corte Constitucional em 1992, a proteção das minorias étnicas e culturais e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais passa conjuntamente pela interrelação da Constituição de 1991. Embora exista a Constituição de 1886 e diversas reformas constitucionais de 1910 e 1936, só veremos de fato substantivas mudanças nos aspectos dos direitos das minorias com a Constituição de 1991.

A lógica que permeia a efetivação de direitos na sociedade colombiana passa efetivamente pela decisão dos juízes da Corte Constitucional Colombiana. Isso inclui temas variados, desde a questão dos direitos dos homossexuais, assuntos relativos à economia, conflitos relacionados à posse da terra, aspectos da defesa da identidade negra-colombiana etc.

Yepes (2008) explica que o texto constitucional, por meio da ação direta da Corte Constitucional, ficou marcado pelo caráter progressista. No entanto, quando falamos em abertura e expansão dos direitos constitucionais fundamentais aos grupos minoritários não podemos negar que a relação direitos constitucionais e decisões judiciais deram o tom progressista e democrático, mesmo que altamente judicializado ao que se constitui em lutas por processos de emancipação.

2.3.2.2. O movimento negro colombiano e o processo constitucional

Em termos de uma compreensão do protagonismo do movimento afro-colombiano, principalmente no que tange às lutas sociais pelo reconhecimento cultural e aos direitos fundamentais, torna-se necessário entender a diferenciação das formas

de organização desse movimento, as pautas que foram por eles sendo historicamente construídas e a influência político-partidária na sua constituição.

A dinâmica da luta do povo negro na Colômbia está basicamente interligada a sua distribuição territorial, pois em determinadas regiões da Colômbia, chamadas de regiões socioculturais, concentra-se a maior parte da população negra. São elas: a Costa do Caribe, a Costa do Pacífico, regiões ribeirinhas de Magdalena, Cauca, Patía e os arquipélagos de San Andrés e Providência. Segundo dados oficiais, na região da Costa do Pacífico o percentual de afro-colombianos chega a 90 por cento da população (RODRIGUES, 2014, p. 239).

Como parte da frente de lutas sociais em busca das garantias dos direitos, os afro-colombianos mantêm-se ligados à preservação do ideal identitário e territorial que ditou em termos de pertencimento as formas de contrapor a lógica discriminatória que esse grupo sofreu ao longo dos séculos.

A composição étnico-racial era composta pelos chamados palenqueros¹⁸, habitantes dos palenques, formas de assentamento de difícil acesso, mas que, pelo caráter de sua formação e estrutura, mantinham ali práticas culturais, tradições de linguagem própria. Abaixo, quadro que explica essa composição étnico-racial.

Quadro 2 - Especificidades - Comunidades Negra, Afro-Colombiana, Raizal e Palenqueras

Comunidades	Especificidades
Comunidade negra	É o grupo de famílias de ascendência afro-colombiana que têm uma cultura própria, compartilham uma história e têm suas próprias tradições e costumes dentro da relação dessa população, e também revelam e mantêm uma consciência da identidade que distingue ensaios de outros grupos étnicos. (Arte. 2- Lei n. 70 de 1993).
População afro-colombiana	Estes são os grupos humanos que fazem presença em todo o território nacional (urbano-rural), com raízes e ascendência africana histórica, étnica e cultural nascida na Colômbia, com sua diversidade racial, linguística e folclórica.
População raizal	É a população nativa das Ilhas de San Andrés, Providência e Santa Catalina descendentes da união entre europeus (principalmente ingleses, espanhóis e holandeses) e escravos africanos. Eles são distinguidos por sua cultura, linguagem (crioulo), crenças religiosas (Igreja Batista) e passado histórico semelhante aos povos antilússimos, como Jamaica e Haiti. Dada a sua especificidade cultural, tem sido objeto de políticas, planos e programas socioculturais diferenciados de outras comunidades negras do território colombiano.

¹⁸ Junta-se a esse grupo o chamado RAIZAL, são afro-colombianos, habitantes do arquipélago de San Andrés.

População de Palenquera

A comunidade de Palenquera é composta pelos descendentes dos escravizados que, através de atos de resistência e liberdade, refugiaram-se nos territórios da Costa Norte da Colômbia desde o século XV chamados palenques. Há 4 palenques reconhecidos: San Basílio de Palenque (Mahates - Bolívar), San José de Uré (Córdoba), Jacobo Pérez escobar (Magdalena) e La Libertad (Sucre).

Fonte: elaborado pelo próprio autor

Embora essas quatro comunidades negras tenham a percepção da sua sobrevivência enquanto grupo e até buscando manter um isolamento estratégico, torna-se importante entender o processo de aproximação do movimento negro às demandas coletivas que seriam construídas no campo político.

O processo de reconhecimento da importância do papel do afro-colombiano como também de sua luta histórica, tal como os afro-brasileiros, teve que passar pelo crivo da sociedade, e, teve a sua negativa, exortando esse grupo às condições de subalternidade periférica no contexto da formação das cidades, tudo isso em ambos os países e de forma clara e objetiva após os processos de abolição da escravatura¹⁹.

No centro do campo das lutas que serão travadas pelo movimento negro, a princípio, “está exatamente na afirmação sobre processos de construção e transformação de identidades sociais, de dinâmicas raciais e a ativação política de identidades negras” (RODRIGUES, 2014, p. 241); para isso, torna-se necessária uma organização de pautas e demandas que alcancem não somente o cultural, mas também o político.

Segundo Rodrigues (2014), a partir dos anos 70 o movimento negro colombiano passaria a se organizar de forma mais articulada, acentuando o debate político em torno da questão sobre racismo e discriminação racial, como também da conscientização étnico-racial dos negros colombianos.

Na fronteira entre a luta política e cultural, apresentam-se perante o movimento negro certas barreiras para conquista dos direitos emancipatórios, o que se pode perceber pelo fato de que as instituições tendem em declinar aos afro-colombianos a relação entre direitos e processos identitários.

¹⁹ Tal ato se assemelha ao caso brasileiro quando da abolição da escravatura em 13 de maio de 1888. Os negros libertos não foram indenizados e muitos menos receberam uma pequena porção de terras. Isso tal como cópia ocorreu na Colômbia em 1851, onde os negros afro-colombianos não receberam nenhum direito sobre as terras e nem o reconhecimento dos seus modelos culturais.

Nesse sentido, pode-se dizer que, segundo Rodrigues (2014), para que a luta política tivesse aceitação e reconhecimento tanto da sociedade como de seus pares, seria necessária uma ampla afirmação sobre “processos de construção e transformação de identidades sociais, de dinâmicas raciais e a ativação política de identidades (RODRIGUES, 2014, p. 241).

A grande guinada de ampliação das lutas contra o racismo e discriminação na Colômbia associa-se, dentre tantos fatores, ao surgimento do movimento Soweto²⁰, em 1976, na cidade de Pereira, capital do departamento de Risaralda.

Um dos objetivos centrais desse Centro de Estudos foi atrair para o debate questões ligadas ao problema do racismo. Em 1982, o Soweto transforma-se no Movimento Nacional *Cimarrón*.

A ideia central desse movimento estava no retorno histórico das lutas contra a escravidão dos negros afro-colombianos dos séculos XVIII e XIX. Conforme nos explica Zambrano (2012, p. 63), “o *cimarrón* simbolizava a luta pela igualdade e a liberdade e define como rebelde o negro que se opõe aos senhores e que foge em busca de emancipação”.

Dessa forma, a construção do Movimento *Cimarrón* estava na formação de uma consciência coletiva sobre a questão negra e a valorização de elementos que demonstrem a importância do negro e formas de incorporar a sua luta pela identidade cultural ao cotidiano de todos, tornando a luta por direitos sociais emancipatórios a pauta principal do século XX.

No processo de mudança constitucional, o movimento negro colombiano assemelha-se ao movimento negro brasileiro, manteve-se ativo em pautas que reconhecessem a diversidade cultural como elemento primordial que congrega os afro-colombianos a outras demandas da sociedade como um todo.

De modo a ampliar os mecanismos de luta para obtenção das conquistas, a ação prática do movimento negro colombiano passa a atuar diretamente na reforma constitucional colombiana. Nos limites dessa ação, o movimento negro depara-se com a inconstância do próprio movimento em fechar com os diferentes líderes uma pauta única, ou melhor, uma “identidade coletiva em torno de um objetivo comum” (RODRIGUES, 2014, p. 244).

²⁰ Em alusão às lutas antiapartheid no subúrbio de Johannesburgo em Soweto, Juan de Dios e outros fundam o Círculo de Estudos Soweto, em 1976.

Outro ponto que contribui para o enfraquecimento das ações do movimento negro é a não importância da causa para a elite e para alguns políticos. A isso soma-se também um ponto que se diferencia do Brasil, grande parte dos colombianos descaracterizavam a luta dos negros colombianos por considerá-los mais integrados à sociedade, ou seja, não sofriam a discriminação racial ao nível dos indígenas.

No campo de construção mais efetiva dos direitos emancipatórios dos afro-colombianos, a ação social parte para a interlocução com o campo estatal. Tendo ampla noção do fraco poder de mobilização, o movimento negro colombiano viu na oportunidade de juntar as pautas com os indígenas²¹ uma solução, ou melhor, uma abertura de negociação para as suas demandas. Dessa forma, o objetivo do movimento negro foi chamar a atenção da sociedade para as questões relativas a essa população, como também tornar as demandas parte do texto constitucional.

Em linhas gerais, conforme Rodrigues (2014), na finalização dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, um artigo relativo a comunidades negras é incluído, o artigo transitório 55, que dará origem à chamada Lei n. 70 (COLÔMBIA, 1993). O artigo primeiro da referida lei diz que: “as comunidades negras que ocupam terras baldias nas zonas rurais ribeirinhas dos rios da bacia do Pacífico, de acordo com suas práticas tradicionais de produção, o direito à propriedade coletiva sobre as áreas que serão demarcadas pela mesma lei” (RODRIGUES, 2014, p. 246).

A Lei n. 70 tornou-se muito mais que um documento, mas a demonstração clara da ação coletiva das organizações sociais e políticas vinculadas ao movimento negro a fim de ver a sua luta tornar-se um objeto real. O direito estatal, a partir da Constituição de 1991, adquire uma nova roupagem, tanto pelo movimento interno dos sujeitos excluídos do processo como também pela ação do Estado. Segundo Rodrigues (2014, p. 247), “a Lei n. 70 na Colômbia representa uma ampliação de cenários de visibilidade e recursos institucionais para o movimento negro”.

Nos anos seguintes à Constituição de 1991, teremos diversos processos institucionais construídos dentro do corpo do estado. Essa construção efetiva-se por meio de decretos e outros diversos instrumentos jurídicos do governo colombiano. Abaixo, sintetizo os primeiros instrumentos criados no pós 1993.

²¹ Conforme Rodrigues (2014), o movimento negro, vendo que não tinha um candidato para a Assembleia Nacional Constituinte, viu na figura do líder indígena Francisco Rojas Birry uma opção de luta para a causa negra junto às diversas organizações.

Quadro 3 - Legado do movimento negro na construção do texto constitucional e infraconstitucional no pós Constituição/91

Ano	Documento	Síntese do documento
1993	Lei n. 70/1993	Conhecida como lei das comunidades negras, mudança drástica da legislação étnico-racial na Colômbia.
1994	Lei n. 152/1994	Garante às comunidades negras participação em instâncias decisórias relacionadas ao seu desenvolvimento.
1994	Lei n. 115/1994	Conhecida como Lei Geral da Educação - estabelece que deveria ser inserido no currículo escolar conhecimentos culturais e linguísticos da cultura negra.
1995	Decreto n. 1.748/1995	Titulação da propriedade de terras pelas comunidades negras
1997	Lei n. 387/1997	Lei de cobertura dos negros e indígenas contra o deslocamento forçado de seus territórios.
1998	Decreto n. 1.122/1998	Cria a Cátedra de Estudos Afro-Colombiano, no sistema de ensino público.
1998	Decreto n. 1.320/1998	A exploração de recursos naturais em comunidades negras dar-se-á somente pela consulta prévia aos proprietários.
2001	Lei n. 649/2001	Essa lei obriga a Câmara de Deputados a fazer concessão de 2 lugares para a comunidade afro-colombiana. Somente poderia fazer jus a esse mecanismo quem comprovasse de fato a ligação com a comunidade.
2004	CONPES 3310/2004	Esse documento trata da adoção de políticas de ação afirmativa para a população negra e afro-colombiana.
2007	Decreto n. 4.181/2007	Cria a Comissão Intersetorial para o Avanço da Comunidade Afro-Colombiana, Palenquera e Raizal, e tem por objetivo fomentar e avaliar políticas públicas para essa população de modo a superar as desigualdades sociais.

Fonte: Elaborado pelo próprio autor com base em Rodrigues (2014)

Tomando como ponto de análise o quadro acima, é possível perceber que após a Constituição de 1991 houve avanços com relação às políticas racialmente sensíveis. No entanto, embora tenhamos um protagonismo da Corte Constitucional Colombiana pelas garantias efetivas dos direitos emancipatórios, é inegável que pelas lutas sociais, através da ação do movimento negro no enfrentamento direto do racismo e da discriminação de um lado, e de outro do reconhecimento da tradição cultural dos afro-colombianos, é que toda reconfiguração multicultural de fato se consolida.

A Colômbia, conforme Yepes (2008), não tinha uma tradição de movimentos sociais fortes, mesmo porque esses movimentos sofreram muitas perseguições e assassinatos dos seus líderes, convergindo no fortalecimento de outra forma de buscar por direitos, corroborando para um protagonismo judicial, ou melhor, da justiça constitucional: “é natural que muitos grupos sociais se sintam tentados a preferir o emprego das sutilezas, em vez de recorrer à mobilização social e política, que apresenta enormes riscos e custos na Colômbia” (YEPES, 2008, p. 62).

Como pode ser visto, a Colômbia mantém um padrão específico de correlacionar ação política com ação judicial. Dessa forma, é evidente dentro das estruturas jurídicas mecanismos que favoreceram e contribuíram para o acesso à justiça e, por sua vez, ao avanço do ativismo judicial. Entende-se na formação dessas estruturas o uso de instrumentos como a *ação pública*²², e já a partir da Constituição de 1991, a *ação de tutela*²³, “ação da qual qualquer pessoa pode sem nenhum requisito especial solicitar a qualquer juiz a proteção direta de seus direitos fundamentais (YEPES, 2008, p. 63).

Nesse contexto, entender os caminhos que efetivaram concretamente os direitos fundamentais na Colômbia é também compreender o grau de convergência de alguns elementos que se entrecruzam: pluralismo jurídico, novo constitucionalismo, movimentos sociais, ativismo judicial e judicialização. Se olharmos cada um desses elementos de forma solta, dificilmente conseguiremos obter de forma clara a construção dos direitos fundamentais colombianos.

²² Desde 1910 existe na Colômbia a chamada ação pública, que já permitia que qualquer cidadão poderia pedir a inconstitucionalidade de qualquer lei sem a necessidade de um advogado.

²³ A ação de tutela criada na Constituição de 1991 obriga que o juiz decida em até 10 dias. Essa facilidade do acesso à justiça denota um protagonismo da Corte, mas também evidencia um fortalecimento de meios a buscar as garantias pelo uso do direito. (COLÔMBIA, 1991).

Brandão (2015), ao descrever a constituição dos direitos fundamentais, exprime o padrão de efetividade e importância das decisões judiciais pela Corte Constitucional e o impacto direto na vida dos grupos excluídos socialmente. Segundo o autor, “a Corte Constitucional colombiana, ainda que em uma zona fronteiriça entre a debilidade institucional e práticas sociais emancipatórias, tem forte atuação em prol dos historicamente marginalizados”.

Em linhas gerais, o projeto emancipatório dos afro-latino-americanos, em especial brasileiros e colombianos, está na luta constante pelo reconhecimento das suas diferenças. Essa luta nasce em ambos os países da valorização das identidades negras, embora acabem seguindo por caminhos diferentes; a causa maior é a busca por uma igualdade étnico-racial, centrada na obtenção por meios legais dos direitos multiculturais, que em determinados momentos aproximam-se da luta dos indígenas.

Portanto, o caminho a seguir está na compreensão do papel decisório das Cortes Constitucionais (STF e CCC) no contexto de ampliação e consolidação dos direitos estatais e em debate centrado entre a ideia de valorização da cultura (diferenças e tradições culturais) e a política (luta antirracista, ações afirmativas, reparatorias e compensatórias).

CAPÍTULO 3: Os casos do Supremo Tribunal Federal

3.1. Seleção dos casos

Conforme Badie e Hermet (1993), o exercício de fazer uma pesquisa em política comparada no campo da ciência política não está condicionado somente à seleção do método, dos objetos e de autores que constituirão as referências, mas, sim, a “uma forma de investigar o conjunto de fenômenos políticos e aprofundar análise empírica com a teoria política” (BADIE; HERMET, 1993, p. 3). Em tese, o desenvolvimento da política comparada contribui para a quebra de paradigmas conceituais pré-definidos, para o afastamento das interpretações pelo senso comum e tem como norte a ideia de conhecimento mútuo e de conhecer uns aos outros.

Dessa forma, um olhar crítico sobre esses fenômenos políticos contribui para o reconhecimento de nossa própria identidade, pois conhecemos a nós mesmos nos momentos em que nos deparamos com outros modelos e práticas, afastando do observador uma visão universalista ou etnocêntrica, de modo a respeitar o movimento interno do que é comparado. Dessa forma, o exercício da análise política comparada está na construção de um olhar crítico sobre os atores e suas instituições. Assim:

cada parlamento, cada partido, cada modo de movilización política está marcado por la huella de una historia, de una cultura que los distingue de los parlamentos, partidos y modos de movilización propios de otros países. Así pues, la acción que se despliega en el seno de cada uno y su manera de funcionar ocultan una parte distintiva e indiscutible, y el hecho de no conocerla puede conducir a una mala interpretación del juego que efectúan sus actores. (BADIE; HERMET, 1993, p. 3).

Introduzir a perspectiva de política comparada na abordagem crítica desta tese significa confrontar teorias que entendemos como universalistas, deterministas e preconceituosas, buscando na confrontação de ideias e realidades bases para o desenvolvimento de um método crítico, não esquecendo das particularidades históricas e políticas do que se quer comparar. Ou seja: devemos identificar as tendências estruturais do desenvolvimento histórico e seus arranjos concretos, como também seus potenciais obstáculos da emancipação (NOBRE, 2008, p. 18).

Portanto, neste capítulo do trabalho buscaremos, por meio dos casos analisados, entender as Cortes Constitucionais e o seu papel enquanto meio de uma

articulação entre o Estado e a Sociedade na efetividade do projeto emancipatório dos negros latino-americanos.

A seleção dos casos para sua posterior confrontação e interpretação dos dados baseou-se, em primeiro lugar, no potencial desses casos (ações judiciais) de revelar resultados concretos em termos de normas constitucionais e infraconstitucionais que envolvem diretamente a criação ou manutenção de políticas públicas relacionadas aos direitos das populações negras no Brasil e na Colômbia.

Em segundo lugar, a seleção dos casos foi orientada também pela sua capacidade de revelar caminhos para a ampliação do debate em torno do reconhecimento dessas populações, sendo capaz de alcançar as macroestruturas culturais, políticas e sociais.

De modo a fomentar novas interpretações dessa realidade, buscaremos encontrar a relação entre Estado e sociedade civil, e ponderar os avanços e retrocessos para a emancipação dos povos negros latino-americanos, em contextos nos quais o Estado de direito é o elemento-chave para que essas mudanças se tornem possíveis.

Dessa forma, buscaremos aproximar a teoria da *práxis*, e o caminho a ser percorrido passará pela compreensão da valorização do direito como fator determinante para a emancipação. Assim, em um contexto que emerge do novo constitucionalismo latino-americano, é preciso considerar a realidade concreta dos países analisados, as instituições judiciais e as constituições sociais e democráticas que, de certo modo, assumem um protagonismo nas lutas políticas por um direito que seja emancipatório.

No conjunto dos casos a serem descritos e analisados, e que demonstraram uma atuação do STF²⁴ e da CCC na garantia dos direitos fundamentais, tivemos por cuidado buscar ações que nos permitissem confrontar a estrutura dos modelos constitucionais e judiciais, bem como a diversidade de demandas socioeconômicas, políticas e culturais relacionadas à cidadania negra, levadas por movimentos sociais àquelas cortes. Desse modo, basicamente, os temas que serão analisados dentro dos casos apresentam discussões sobre (i) reconhecimento de religiões e tradições culturais; (ii) defesa do território como parte da valorização da identidade e condições materiais de existência; (iii) políticas

²⁴ A partir daqui utilizaremos a sigla STF para Supremo Tribunal Federal e CCC para Corte Constitucional Colombiana.

educacionais voltadas para o reconhecimento da diversidade étnica e a inclusão socioeconômica.

A escolha dos casos se deu, em um primeiro momento, por meio da consulta no repositório *on-line* do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional Colombiana. A pesquisa teve como busca as seguintes expressões: ação afirmativa; quilombo; quilombolas; território; cotas raciais; movimento negro; negritude; identidade negra; discriminação racial; diversidade racial; comunidade negra; palenqueros.

O recorte temporal da seleção dos casos considerou o período após as constituições mais recentes desses países (BRASIL, 1988; COLÔMBIA, 1991), e se estendeu a ações decididas até o ano de 2019. Os casos selecionados foram então filtrados e catalogados de acordo com as seguintes temáticas: (a) políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior, (b) diversidade étnica, (c) religiosidade, (d) território e (e) participação política.

3.2. Os casos do Supremo Tribunal Federal

As buscas junto ao *site* do STF foram feitas utilizando a consulta de processos da corte, privilegiando-se ADCs, ADIs, ADPFs e REs. O quadro abaixo indica os processos coletados de acordo com os critérios de seleção já expostos:

Quadro 4 - Lista de processos pesquisados - STF

Ação	Relator	Requerido	Requerente	Data de entrada	Data de julgamento	Dispositivo legal questionado
ADPF n. 186	Min. Ricardo Lewandowski	Conselho de Pesquisa - CESPE - UNB	Democratas - DEM	20/07/2009	26/04/2012	Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE, realizada no dia 06 de junho de 2003); Resolução n. 038, de 18 de junho de 2003, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE); Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília - UnB, especificamente os pontos I ("Objetivo"), II ("Ações para alcançar o objetivo"), III ("Permanência"), "1", "2" e "3, a, b, c"; e IV ("Caminhos para a implementação"), itens 1, 2 e 3. As impugnações aqui referidas tomam por base o texto literal do Plano de Metas, apesar da evidente confusão na distribuição entre itens, alíneas e subitens; Item 2, subitens 2.2, 2.2.1, 2.3, item 3, subitem 3.9.8 e item 7 e subitens, do Edital n. 2, de 20 de abril de 2009, do 2º Vestibular de 2009, do CESPE - Centro de Seleção e de Promoção de Eventos - órgão que integra a Fundação Universidade de Brasília e organiza a realização do concurso vestibular para acesso à Unb.
ADC n. 41	Min. Roberto Barroso	Presidência da República	Ordem dos Advogados do Brasil	26/01/2016	08/06/2017	Lei nº 12990, de 09 de junho de 2014 (Lei das Cotas) Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União

ADI n. 3.239	Min. Rosa Weber	Presidência da República	Democratas	26/06/2014	08/02/2018	Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 068 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
ADI n. 6062	Min. Roberto Barroso	Presidência da República	Partido Socialista Brasileiro- PSB	31/01/2019	25/04/2019	“Terras indígenas” contida no art. 021, inciso XIV, da Medida Provisória n. 870, de 01 de janeiro de 2019, bem como a inconstitucionalidade total do disposto em todo o art. 021, § 002º, inciso 00I, do mesmo diploma. E por arrastamento, expressões constantes no Anexo I do Decreto n. 9667, de 02 de janeiro 2019: expressão “terras indígenas” no art. 001º, inciso XIV e § 002º, inciso 00I; art. 011, inciso 00I, alínea “f” como também a expressão “indígenas” contida na alínea “g”; expressão “terras tradicionalmente ocupadas por indígenas” no art. 14, 00I, o inciso 0II e expressão “terras indígenas” no seu inciso III.
ADI n. 5668	Min. Edson Fachin	Presidência da República e Congresso Nacional	Partido Socialista Brasileiro - PSB	13/03/2017	Em tramitação	Art. 002º, III e, principalmente (mas não exclusivamente), às metas 2.4, 2.5, 3.13, 4.9, 4.12, 7.23, 8.2, 9, 10.1, 10.6, 11.13, 12.5, 12.9, 13.4, 14.5, 16, 16.2 da Lei Federal nº 13005, de 25 de junho de 2014 (Plano Nacional de Educação), interpretados como obrigando as escolas a coibir também as discriminações por gênero, por identidade de gênero e por orientação sexual e respeitar as identidades das crianças e adolescentes LGBT.
RE n. 494601	Min. Marco Aurélio	Governo do Estado do Rio Grande do Sul	Ministério Público do Rio Grande do Sul	27/09/2006	28/03/2019	Constitucionalidade da Lei estadual que autoriza o sacrifício de animais em rituais de religiões de matriz africana.

ADI n. 4091	Min. Alexandre de Moraes	Governo do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa	Confederação Nacional do Comércio, Bens e Serviços	20/07/2009	05/11/2014	Lei n. 4007, de 11 de novembro de 2002, publicada no DO do Estado do Rio de Janeiro, no dia 12 de novembro de 2002. Institui o dia 20 de novembro, data de aniversário da morte de zumbi dos palmares e dia nacional da consciência negra, como feriado estadual.
ADPF n. 465	Min. Roberto Barroso	Prefeitura de Palmas	Ministério Público Federal	08/06/2014	20/08/2018	Artigo 001º da Lei nº 2243, de 23 de março de 2016, do Município de Palmas. Garantir, na construção dos referenciais curriculares da educação básica, conteúdos sobre a história e as culturas afro-brasileira e indígenas, a educação ambiental e direitos humanos

Fonte: produção do próprio autor

De modo a compreender o impacto dessas decisões na formulação, construção e execução de políticas públicas, como também de questões relacionadas ao reconhecimento da identidade cultural dos afro-brasileiros, optamos, neste trabalho, por analisar em profundidade dois casos entre aqueles coletados: a ADPF n. 186 (BRASIL, 2012), que versa sobre o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção da UNB; e a ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018), relativa à inconstitucionalidade do Decreto 4.887/03 da Presidência da República, que trata das condições de reconhecimento e critérios de acesso e posse da terra dos remanescentes das comunidades quilombolas.

3.2.1. ADPF n. 186 (BRASIL, 2012)

3.2.1.1. A ação judicial

A ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) foi protocolada no STF em 20/07/2009, tendo como assunto questionado o controle de constitucionalidade e garantias constitucionais, tendo como requerente o Democratas (DEM) e como requerido o

Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília - CEPE/UNB. Em 21/07/2009, foi solicitado pelo ministro relator Ricardo Lewandowski a manifestação do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República. Entre as disposições contestadas que constam no plano de metas da UNB estão: i) disponibilizar durante 10 anos 10% das vagas do vestibular para estudantes negros em todos os cursos, ii) disponibilizar, em 10 anos, um pequeno número de vagas para índios, iii) fornecer bolsas de estudos para negros e indígenas em situação de carência, iv) ofertar moradia estudantil para estudantes indígenas e negros carentes.

Como parte da manifestação dos argumentos do DEM citamos também:

- a) não se discute, na ADPF n. 186, sobre a constitucionalidade de ações afirmativas, como gênero e como política necessária para inclusão de minorias;
- b) não se discute acerca do reconhecimento de que o Brasil adota o modelo de Estado Social;
- c) não se discute sobre a existência de racismo, de preconceito e de discriminação na sociedade brasileira; [...]. (BRASIL, 2012, p. 4).

Nota-se a compreensão do requerente pela existência do racismo e discriminação na sociedade brasileira, no entanto, em seus argumentos definidores, sugere:

- a) na ADPF n. 186, discute-se se a implementação de um 'Estado racializado' ou do 'racismo institucionalizado', nos moldes praticados nos Estados Unidos, África do Sul ou Ruanda, seria adequada para o Brasil [...];
- b) pretende demonstrar que a adoção de políticas afirmativas racialistas não é necessária no país [...];
- c) o conceito de minoria apta a ensejar uma ação positiva estatal difere em cada país. Depende da análise de valores históricos, culturais, sociais, econômicos, políticos e jurídicos de cada povo [...];
- d) discute tão somente a constitucionalidade da implementação, no Brasil, de ações afirmativas baseadas na raça [...];
- e) ninguém é excluído, no Brasil, pelo simples fato de ser negro [...];
- f) cotas para negros nas universidades geram a consciência estatal de raça, promovem a ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gerando discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecerem a classe média negra (fls. 26-29). (BRASIL, 2012, p. 6).

Outros questionamentos do DEM aparecem fortemente entre os seus argumentos contra o sistema de cotas, principalmente na afirmação de que embora houvesse o racismo, a forma de combatê-lo não seria pela instituição da chamada

“teoria da justiça compensatória”²⁵. O argumento utilizado no ano de 2009 foi o mesmo utilizado por um candidato à Presidência da República nas eleições de 2018, como também por grupos contrários ao sistema de cotas, segundo o qual não se poderia jogar nas costas das gerações futuras erros cometidos no passado. Outro ponto apresentado na manifestação diz respeito à descaracterização da população negra quanto ao seu aspecto racial.

Na argumentação do DEM, as desigualdades entre negros e brancos “não se dão simplesmente pela cor, e mais, que a opção pela escravidão destes ocorreu em razão dos lucros auferidos com o tráfico negreiro e não por qualquer outro motivo de cunho social” (BRASIL, 2012, p. 5), e como também falar em responsabilização por essa desigualdade principalmente quando pensada a culpabilidade das gerações presentes por erros cometidos no passado (escravidão).

Na propositura da ação, termos como “segregação”, “birracial”, “miscigenação” e “realidade multirracial” são utilizados de modo a caracterizar a conhecida concepção da sociedade brasileira como miscigenada e, por isso, inclusiva. Em seus pedidos finais, a ação do DEM requer a anulação e suspensão da medida administrativa da UNB.

Na contestação da UNB ao pedido do DEM, a universidade (por meio de seu Reitor e de representantes do CEPE) rebateu os argumentos trazidos na ADPF n. 186 (BRASIL, 2012, p. 7); em resumo, afirmou:

o combate à discriminação por si só é mediado insuficiente à implementação da igualdade; é fundamental conjugar a vertente repressivo-punitiva com a vertente promocional, combinando proibição da discriminação com políticas que promovem a igualdade.

Acompanha a crítica à ação afirmando (BRASIL, 2012, p. 8): “o fato de não haver Lei estabelecendo o racismo no Brasil, mas ao contrário, vedando-o, não foi suficiente para que não houvesse discriminação, apenas fez com que essa fosse velada, camuflada”.

De acordo com a UNB, a ideia de que embora houvesse o combate à discriminação, ela por si só seria insuficiente para a implementação da igualdade, devendo-se associar essa luta a novas formas de combate que sejam as ações

²⁵ “[...] se lastreia na retificação de injustiças ou de falhas cometidas contra indivíduos no passado, ora por particulares, ora pelo governo. [...] Por meio dessa teoria, assevera-se que o objetivo seria o de promover o resgate da dívida histórica que os homens brancos possuem com relação aos negros”.

afirmativas; falam também ser um absurdo negar o racismo no Brasil, como também descaracterizá-lo por meio do discurso de que a raça no sentido biológico não existiria, mas, como afirmam os representantes da UNB, “a discriminação é resultante da cor e da aparência do indivíduo e não de sua identidade genética” (pg. 8). Por fim, contra-argumentam a tese do privilégio e dos critérios de seleção afirmando que todo o processo era feito com máxima lisura de forma a evitar constrangimentos.

Por parte do Ministério Público, a Vice Procuradora Geral da República, Débora Duprat, traz entre os seus argumentos o conceito de “constitucionalismo social”, inserido na carta constitucional de 1988, como também a ideia de uma justiça compensatória e da justiça distributiva em um contexto em que se permite combater a institucionalidade do racismo. No campo das instituições, o governo foi representado pela Advocacia Geral da União, afirmando ser a favor da constitucionalidade das normas vigentes, pois a reserva de vagas não é uma medida excludente, ela tem uma finalidade específica.

Em virtude de tratar-se de um tema de grande impacto e projeção nacional, consideramos importante destacar a participação de diversas organizações na figura de *amicus curiae* no processo, sendo dessas deferidas pelo ministro relator como: da Fundação Nacional do Índio - Funai, do Educafro - Educação e Cidadania de Afro-Descendentes Carentes, Fundação Cultural Palmares, do Movimento Negro Unificado (MNU), do Movimento Pardo Mestiço Brasileiro (MPMB), do Instituto de Advocacia Racial e Ambiental, da Defensoria Pública da União, do Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais, do Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular - IDEP, da Associação dos Advogados Afrodescendentes - ANAAD, do Conselho Federal da OAB - CFOAB e da Associação de Direitos Humanos em Rede - Conectas Direitos Humanos.

A participação de diversas instituições como *amicus curiae* junto à análise da ADPF n. reafirmou de forma clara a centralidade na defesa das políticas de ação afirmativa, tendo como princípio a luta contra a discriminação racial, o desenvolvimento cultural e social, e a aproximação direta entre os beneficiários das políticas de cotas e os mais pobres.

O relator trouxe entre seus argumentos casos julgados anteriores do próprio STF, como a ADI 3197/04, relatada pelo Min. Dias Toffoli, que tratava de uma ação direta de inconstitucionalidade da Lei estadual 4151/03 sobre a reserva de vagas

para negros nas universidades estaduais do Rio de Janeiro. Em caráter monocrático, à época, a liminar foi indeferida. Também, o RE 597285/09, tendo como relator o Min. Ricardo Lewandowski, questionou o sistema de cotas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, sendo movido por um estudante que alegou não ter sido aprovado no vestibular mesmo tendo alcançado nota maior, ficando fora por causa de seleção, o sistema de cotas. Os embargos de declaração foram rejeitados pela maioria dos votos.

No julgamento da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) participaram o ministro Ricardo Lewandowski como relator, Min. Celso de Mello, Min. Marcos Aurélio, Min. Gilmar Mendes, Min. Cezar Peluso, Min. Joaquim Barbosa, Min. Carmen Lúcia, Min. Dias Toffoli, Min. Luiz Fux e Min. Rosa Weber, tendo como presidência do colegiado o Min. Ayres Britto.

A Lei 12 771/2012²⁶, que definiu o sistema de cotas em universidades e institutos federais no Brasil, previu a reserva de até 50% das matrículas daquelas instituições para alunos oriundos integralmente do ensino médio, e desde o início foi alvo de muitos questionamentos. A sua regulamentação pelo Decreto Lei n. 7824/2012, juntamente com a portaria n. 18/2012 do MEC, busca organizar as formas de aplicação da Lei, condições para disputa das vagas. No contexto do presente estudo de caso, o campo de lutas sociais apresenta-se não sob o amparo de Lei federal que embasaria o sistema de cotas na UNB, mas, sim, por meio de ações diretas das infraconstitucionais da própria universidade e por via de medidas administrativas em conjunto com vários núcleos do corpo diretivo da universidade. É nesse ponto que o processo se constitui e aqui que se define o tipo de ação proposta, pois a ADPF n. 186 é de 2009, e a Lei de reserva de vagas é de 2012. Dessa forma, todas as ações que estivessem sendo criadas e definidas no âmbito universitário sob a tutela das ações afirmativas, na visão do DEM, estariam sujeitas à possibilidade de questionamento, constituindo em si o mecanismo legal utilizado para o questionamento da norma.

Ao nos depararmos com as disposições contestadas no que consta no documento Plano de Metas para a Integração Social e Racial da UNB, em paralelo

²⁶ A referida Lei ordinária 12711/2012 deu entrada na Câmara dos Deputados através do projeto PL 73/1999, de autoria da Deputada Nice Lobão PFL/MA, mesmo partido que após nove anos, e sob nova sigla (DEM), entraria no STF contra o sistema de cotas da UNB. O projeto em si teve tramitação conturbada e demorada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, somando treze anos até a sua aprovação e sanção.

aos artigos da CF levantados pelo proponente da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012), o mesmo faz uso do padrão constitucional questionável do objeto da ação, visto que diversas instâncias inferiores têm julgado de forma contraditória proposições como essa; nas alegações do proponente, isto demonstraria a urgência de uma Corte Superior decidir sobre o tema.

3.2.1.2. A audiência pública

Segundo a Resolução 474 de 29/11/11, que regulamenta as audiências públicas no âmbito do STF, os chamados “temas de grande relevância”, relacionados aos processos judiciais e cujo assunto seja considerado de grande valor pela sociedade brasileira, deveriam ser alvo de um grande debate por meio das audiências públicas.

Com relação ao caso em análise, fora convocada a quinta audiência pública²⁷ da história da Suprema Corte, cujo tema “sistema de cotas e políticas de ação afirmativa” foi considerado de grande relevância, exigindo um debate amplo sobre a constitucionalidade de determinadas normas.

Dentre as mudanças no modelo constitucional de 1988 no que se refere ao padrão concentrado de constitucionalidade e no que tange prioritariamente às três espécies de ações, ADIs, ADCs e ADPFs, encontra-se, sobre o advento da Lei n. 9868/1999, a possibilidade quanto ao tema da proposição de audiências públicas. Dessa forma, o instituto das audiências públicas no STF fomentou uma nova linha:

reconhecendo que não cabe tão somente às partes apresentarem sua divergência, mas sim aos julgadores tomar conhecimento de todas as dimensões do problema, dando oportunidade para ouvir todos aqueles que tenham interesse em dar sua contribuição ao deslinde da questão posta (SANTOS, B. 2016, p. 24).

Na construção decisória da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012), as audiências públicas tiveram papel fundamental na construção dos votos dos ministros. Em três dias de apresentação e falas com argumentos contra e a favor da constitucionalidade de políticas de cotas, mais de 43 especialistas em conjunto com instituições do Estado

²⁷ Até a audiência pública do Sistema de Cotas, outras quatro haviam acontecido no STF, considerando temas de grande relevância como: células-tronco, biossegurança, anencefalia e pneus. Todas tiveram participação intensa de juristas, especialistas e representantes de entidades da sociedade civil.

(MPF, AGU e OAB), entre os dias 03 e 05 de março de 2010, procuraram influenciar o STF no movimento seguinte que iria ser construído no plenário da suprema corte.

Não vamos aqui construir o relato descritivo das argumentações, pois o nosso objetivo no estudo de caso é entender a construção dos votos dos ministros pelo caminho que eles seguiram e onde eles chegaram.

A audiência pública que sintetizou a construção dos argumentos a favor da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da reserva de vagas seguindo critérios raciais pode ser vista como ilustrativa de dois polos de luta. Um lado que entende que as mudanças infraconstitucionais elaboradas pela UNB estão no conjunto das novas demandas que o Estado brasileiro deveria entender e inserir no contexto social à luz da CF/1988, como também a percepção por determinados grupos que o critério não seria puramente material, mas deveria respeitar a lógica da busca pela igualdade e o reconhecimento da identidade cultural desse povo.

3.2.1.3. A decisão do STF

O **Min. Ricardo Lewandowski**, relator do processo, inicia seu voto afirmando que o tema da ação se enquadraria sim nos temas clássicos do controle de constitucionalidade, cabendo, portanto, o posicionamento da Suprema Corte. O voto do ministro tem aproximadamente 46 páginas, sendo dividido em 13 temas que entrelaçam aspectos filosóficos, sociais e jurídicos.

Da construção da ideia de igualdade formal e igualdade material, o relator busca nos termos do artigo 5º da CF a expressão “todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza”. Contempla também ao afirmar que ao assegurar a igualdade material ou substancial levar-se-ia em consideração a diferença entre os mesmos, principalmente nos aspectos culturais, sociais e econômicos.

De modo a explicar melhor o conceito de igualdade, o relator cita Dalmo Dallari, que transcrevemos abaixo:

O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos (BRASIL, 2012, p. 309).

Compreende o relator que dentre as formas de alcançar a participação equitativa dentro daquilo que se pretende entender como igualdade, a aplicabilidade de uma justiça distributiva em um contexto de desigualdades faz das ações afirmativas uma forma de correção da distorção do campo dos bens e oportunidades.

Outro tema central desenvolvido pelo relator está nas *políticas de ação afirmativa*. De forma introdutória, o ministro cita Myrl Duncan (1982, p. 503), que fala que ação afirmativa “é um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar, aos excluídos, tratamento igual”. É claro no entendimento do relator que ação afirmativa²⁸ é um instrumento de proteção de certos grupos raciais de modo a garantir-lhes condições de igualdade, mas que esse tipo de política se enquadraria em um período, não sendo eterno, visando a objetivos definidos. Um dos principais pontos questionados na ação está nos *critérios para o ingresso no ensino superior*. O relator explica que a CF de 1988 fala tanto em igualdade quanto em meritocracia²⁹; no entanto, segundo a interpretação do magistrado, a ideia de meritocracia como posta na Constituição só faria sentido por meio da compreensão de outro princípio já apresentado aqui, o da igualdade material. Frente a tudo isso, falar em um processo de seleção sob uma ótica puramente meritocrática em um contexto de profundas desigualdades sociais é desconsiderar a realidade.

Nesse sentido, o relator explica:

Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos (BRASIL, 2012, p. 60).

Complementando a discussão anterior sobre ação afirmativa, a ação de critério *étnico-racial e a consciência étnico-racial* como fatores de exclusão ampliam o debate e reforçam a argumentação do relator para uma análise mais sociológica da ideia de raça, justamente quando olhamos a história do negro no Brasil, no que tange ao período escravocrata.

²⁸ A convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação racial da ONU, ratificada pelo Brasil em 1968, explica que as ações afirmativas são “medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes com condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”.

²⁹ Artigo 206, I, III e IV e artigo 205, V (BRASIL, 1988).

A ausência dos negros e pardos em funções de destaque, tanto em espaços privados quanto públicos, é fruto do processo discriminatório. O ministro relator explica que “os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente” (BRASIL, 2012, p. 67).

Desse modo, o judiciário entende a importância de um debate que perpassa pela real função do Estado nesse processo emancipatório por meio de políticas públicas direcionadas e com fim específico, visto que determinados problemas sociais exigem ação do Estado; nesse sentido, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal impactaria nas mudanças de paradigma nos critérios de assentamento dos sujeitos no seio social. Confirmando a ideia exposta, reproduzimos abaixo o argumento do relator:

Nessa mesma linha de raciocínio é possível destacar outro resultado importante no que concerne às políticas de ação afirmativa, qual seja: a criação de lideranças dentre esses grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de integração e ascensão social. (BRASIL, 2012, p. 71).

Em conformidade com o debate por justiça social, principalmente aquela construída pela *justiça distributiva*, acresce que pensar outros elementos que valorizem também os aspectos culturais e identitários de determinados grupos recai no debate proposto por Nancy Fraser e Axel Honneth, nas políticas de *reconhecimento*. Mediante o exposto, o ministro relator conclui que:

justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. (BRASIL, 2012, p. 73).

No campo das identidades, o reconhecimento dos indivíduos pela sua etnia e raça fortalece a compreensão desde o seu lugar na sociedade. Dessa compreensão derivam outros meios de se questionar somente o critério social ou renda, amplamente defendidos por aqueles contrários às políticas de ação afirmativa.

Nas palavras de Zigmunt Bauman (apud BRASIL, 2012, p. 44):

[...] a identificação é também um fator poderoso na estratificação, uma de suas dimensões mais divisivas e fortemente diferenciadoras. Num dos polos da hierarquia global emergente estão aqueles que constituem e desarticulam as suas identidades mais ou menos à própria vontade, escolhendo-as no leque de ofertas extraordinariamente amplo, de abrangência planetária. No outro polo se abarrotam aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da identidade, que não têm o direito de manifestar as suas preferências e que no final se veem oprimidos por identidades aplicadas e impostas por outros - identidades de que eles próprios se ressentem, mas não têm permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar. Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam.

O caráter emancipatório caracteriza a política de ação afirmativa, pois dentro da perspectiva do relator, além de exercer um papel de integração social, ela também remete ao campo simbólico do reconhecimento de si pelo outro: “uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida” (BRASIL, 2012, p. 74).

Ainda segundo o voto do relator, a universidade tem o papel integrador da convivência rotineira com o diferente, com o outro, em linhas gerais é um espaço de diversidades culturais, sociais, étnicas e raciais.

Como parte do entendimento da construção argumentativa do ministro quanto à constitucionalidade da política de ação afirmativa, um dos pontos que gerou e ainda até hoje é alvo de controvérsias está na *reserva de vagas ou estabelecimento de cotas* pelas universidades. Pela reserva de vagas o relator defende o critério utilizado no Brasil, afirmando que o direito constitucional contempla essa adoção citando trabalhos e artigos dos ministros Joaquim Barbosa e Carmen Lúcia.

Outro ponto em destaque está na transitoriedade das políticas de ação afirmativa. A política de ação afirmativa não deve ser eterna, segundo o ministro relator, devem ser políticas transitórias, mesmo que essas políticas sofram a todo momento ataques e mudanças nas estruturas políticas e econômicas dos países.

Segundo o Min. Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2012, p. 90):

Assim, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação - é

escusado dizer - incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática.

Concentrando diversos argumentos compostos de concepções históricas, sociais e culturais que remetem tanto à questão da política de ação afirmativa da UNB, como também à questão racial e aos impactos da discriminação na vida da população negra, o ministro relator da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) finaliza seu voto, decidindo pela improcedência da ação.

O voto do **ministro Luiz Fux** remete aos dispositivos constitucionais do artigo 1º e artigo 5º da CF, especialmente no que se refere a cláusulas pétreas, igualdade, legalidade e o combate ao racismo. No entendimento do ministro, a questão constitucional das políticas de ação afirmativa faz jus à discussão com profundidade pelo Supremo Tribunal Federal no contexto da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012).

A estrutura do voto do Min. Fux organiza-se em torno de quatro temas. O primeiro é o da relação entre pobreza e cor da pele, e os aspectos decorrentes dessa relação quando produtos da discriminação (baixa escolaridade, violência, serviços de saúde e mortalidade infantil). O segundo e o terceiro tema remetem a um retrato da história do negro no Brasil, a inserção quase que constante da desigualdade no cotidiano do afro-brasileiro, partindo para o embate direto entre aqueles que não vislumbram essa diferenciação e não entendem as questões estruturais do racismo e suas manifestações nos espaços institucionais. O quarto tema demonstra a compreensão de que as políticas de ação afirmativa devem ser pensadas não só como distribuição, mas também:

uma significativa dimensão de reconhecimento, essencialmente cultural ou simbólica. Os problemas de reconhecimento dizem respeito ao modo como determinados grupos são enxergados no contexto social, têm que ver com a sua identidade e autoestima coletivas. (BRASIL, 2018, p. 108).

Em uma parte mais incisiva do voto, tratando do valor substancial das políticas de ação afirmativa, o ministro busca associar a existência da ideia de igualdade, em sua visão formal à luz do que foi sendo construída historicamente pelo liberalismo, a concepções contemporâneas e substantivas de igualdade material. Desse modo, o simplesmente existir em termos de normatividade constitucional não garante, segundo Fux, a implementação efetiva da igualdade:

Com o tempo, percebeu-se que a Constituição não poderia mais ser um conjunto de promessas inconsequentes, sendo imperiosa a sua efetividade social. A transformação da igualdade formal, de cunho liberal clássico, em uma igualdade material, partiu de uma necessidade ética (BRASIL, 2018, p. 109).

Em tratando-se do processo institucionalizado que visa a combater o racismo perpetuado nas estruturas raciais, o entendimento do Min. Fux é pela participação efetiva das Universidades no processo de construção e desconstrução do *status quo* oriundo do processo discriminatório racial. Assim, nas palavras do ministro:

O papel da universidade não é apenas o de qualificar futuros profissionais, e sim também o de constituir o nicho no qual serão incutidos valores na formação de seres humanos, sendo certo que a Carta Magna determina a 'valorização da diversidade étnica e regional' (art. 215, § 3º, V). (BRASIL, 2018, p. 112).

Define-se também a compreensão do papel que as Universidades têm pela facilidade em estar inseridas em todos os lugares, estando perto das realidades e diferenças culturais, permitindo a elas a capacidade efetiva de devolver em termos de demanda ações locais contra processos discriminatórios. A construção argumentativa apresenta também as previsões legais que legitimam a ação infraconstitucional das Universidades, sendo: a Lei 9394/96, a Lei 10172/01, a Lei 10558/02, a Lei 10678/03, a Lei 12228/10 e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Assim, o Min. Fux vota pela improcedência da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012).

Na análise do voto da **ministra Rosa Weber**, chama-nos atenção a interpretação da ministra dos argumentos da defesa da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) ao buscar diferenças dentro do contexto da ação e, por sua vez, no seu caráter geral, a lógica da pobreza e da raça. Segundo a ação proposta, aproximar a ideia da raça negra ao ser pobre vislumbraria um certo racismo reverso contra os brancos pobres, visto que não seriam levados em consideração os negros privilegiados.

De modo contrário aos argumentos da defesa, a ministra aponta a importância da questão em si, como também a responsabilidade do STF em julgar, contribuindo para a construção de elementos de pluralidade, visto que, pós CF/88,

grupos sociais viram a possibilidade de acesso ao debate de normas e princípios torna-se armas de enfrentamento.

No contexto do constitucionalismo moderno, a interpretação da ministra está na defesa da ideia de “igualdade material e formal”. Partindo para a crítica de uma pseudoigualdade que aparece como sendo uma valorização de um padrão de acesso a direitos para todos de forma homogênea, ela afirma “sem igualdade mínima de oportunidades, não há igualdade de liberdade” (BRASIL, 2012, p. 123).

O desenho argumentativo do posicionamento da ministra está na desconstrução da ideia de desigualdade concreta e nas impossibilidades de ação dos sujeitos, ou seja, quando não há igualdade não há também liberdade, assim, torna-se necessário o intervencionismo estatal para tal demanda ser combatida na forma de ações afirmativas.

Nesse sentido, a forma de combate seria em primeiro lugar o outro olhar dos legisladores e operadores do direito na igualdade enquanto tratamento legal. Assim: “em outros termos, às vezes se fazem necessários tratamentos desiguais em determinadas questões sociais ou econômicas para que o resto do sistema possa presumir que todos são iguais nas demais esferas da sociedade” (BRASIL, 2012, p. 125).

Dessa forma, no entendimento da ministra, estabelecidas as formas, os valores e os objetivos da política de cotas, quando o negro se tornar visível, essa política compensatória não seria mais necessária. Entendido também a importância das Universidades na interpretação da realidade e na fomentação de formas de pensar e agir sobre essa realidade, a Min. Rosa Weber afirma que por meio da sua autonomia didático - científica (caput do art. 207 da CF) elas fazem cumprir as três tarefas básicas: ensino, pesquisa e extensão, todas correlacionadas com as cotas, no que ela diz:

As cotas têm cumprido essas três tarefas: acesso ao ensino de grupo representativo que não se via significativamente presente no ensino superior; melhor compreensão da realidade brasileira e das suas condições de mudança; transformação dos meios sociais em que as universidades estão inseridas para propiciar melhores chances sociais para aqueles historicamente e socialmente espoliados dessas oportunidades, de acordo com as condições concretas de cada localidade (BRASIL, 2012, p. 128).

O posicionamento final da Min. Rosa Weber é pelo indeferimento da ADPF n. 186.

Na construção argumentativa do seu voto, a **ministra Carmen Lúcia** apresenta a sua ideia afirmando que focará sua análise sobre o tema em três momentos: igualdade e igualação, liberdade de ser e responsabilidade social.

A amplitude do voto está na afirmação do princípio constitucional da igualdade, como forma de responder ao fortalecimento da liberdade do sujeito, corroborando para a posição do sujeito pela sua identidade, com o Estado assumindo a sua responsabilidade na construção de políticas públicas; nas suas palavras, “numa democracia não se dá a cada um o que é seu, mas se adotam políticas para se dar a cada um segundo a sua necessidade” (BRASIL, 2012, p. 135).

Na visão de Carmen Lúcia, esse modelo amplia-se quando, em termos de responsabilidades institucionais, as Universidades assumem a sua função social, que é:

à de promover todos os valores necessários para que os princípios constitucionais sejam efetivados, o que se impõe e se cumpre é o valor de uma Constituição posta para ser concretizada nos termos dos princípios que marcam, em seus fundamentos, essa construção democrática (BRASIL, 2012, p. 135)

No desenho de sua construção argumentativa, o encaminhamento do voto da ministra Carmen Lúcia se fortalece na defesa de ações que tornem mais plausível a ideia de igualdade, pois, se a *igualdade* se mantiver estática, significa que já atingiu seu objetivo, dessa forma, a *igualação* deverá ser posta em prática na busca de obtenção de condições de igualdade de oportunidades, e esse caminho se faz presente nas políticas compensatórias.

Concernente ao seu entendimento da importância das políticas de ação afirmativa e de modo a inserir o elemento legal que deu vida a essas políticas, Carmen Lúcia inicia o seu voto fazendo uma defesa do princípio da autonomia universitária. A ministra procura estabelecer um ponto central de que a autonomia universitária seria o alicerce que sustentaria de determinada forma as ações afirmativas por meio de cotas frente aos discordantes do sistema, como também seria por meio desse mecanismo e pela compreensão global do processo, da importância dessas ações na transformação social de diversos indivíduos que delas fazem parte.

A ministra afirma:

A autonomia universitária é direito constitucional titularizado não apenas pelos instituidores ou dirigentes das instituições, mas pelos cidadãos brasileiros, especialmente pelos que a elas acorrem na condição de alunos, mas não apenas estes, pois os estudantes de agora serão os graduados profissionais com os quais a sociedade contará amanhã e para o que ela investe, não apenas com recursos, mas, principalmente, com as suas esperanças. (BRASIL, 2012, p. 146)

De tal forma, a Lei 10.558/2002³⁰ que trata do sistema de cotas aparece, segundo a ministra, como forma de ampliação de estratégias do Estado brasileiro no sentido de implementar formas de acesso e promoção ao ensino superior de grupos socialmente desamparados. Desse modo, a Lei 9394/1996, Lei de diretrizes e bases da educação, reafirma regulamentando o papel conferido às universidades no que tange à responsabilidade social, de modo a integrar dentro de suas ações mecanismos de promoção da diversidade étnico-racial. Em uma linha de argumentação que amplia o campo interpretativo do sistema social brasileiro, os argumentos apresentados no voto da ministra Carmen Lúcia demonstram a expressão pura de que as políticas de ação afirmativa, em seu modelo de política de cotas, denotam uma soma de elementos como: igualdade, igualação e responsabilidade social, que juntos à autonomia universitária respondem diretamente a determinados problemas sociais. Assim:

quer se considere a função social da Universidade, de promover todos os valores necessários para os princípios constitucionais serem efetivados, impõe-se que se cumpra o valor da Constituição posta, para ser concretizada nos termos dos princípios marcadores, nos fundamentos, dessa construção democrática. (BRASIL, 2012, p. 153).

Desse modo, a ministra vota pela improcedência da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012).

A questão jurídica posta em análise pela ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) é evidenciada pelo **ministro Cesar Peluso** como ponto central da sua análise. Em seu entendimento, o que está em jogo é o critério constitucional das ações afirmativas, se o princípio constitucional da igualdade estaria sendo por ela respeitado.

Para essa questão, Cesar Peluso invoca três premissas, que são a defesa da igualdade em seus aspectos formal e material, a ausência de oportunidades à

³⁰ Embora essa seja a primeira que trata da questão das cotas pelo critério racial, é importante lembrar que em termos de políticas de ação afirmativa com relação à educação pública falamos na Lei 5.465/68 (Lei do Boi), que tratava especificamente da reserva de vagas por meio de cotas.

população negra no que tange ao déficit educacional, e a cobrança de dever do Estado perante determinados grupos que estão sob a sombra da desigualdade perene. Conforme o ministro:

Diante desse princípio, a responsabilidade ética e jurídica do Estado e da sociedade é adotar políticas públicas que respondam a esse déficit histórico, na tentativa de desenvolver um processo - que, por definição, não se realiza num dado momento, mas que se faz e aperfeiçoa ao longo do tempo - capaz de viabilizar a desejada igualdade material e, portanto, de desfazer a injustiça histórica de que os negros são vítimas no Brasil (BRASIL, 2012, p. 156).

A Constituição Federal traria claramente em seu artigo 3º elementos que aduzem formas de combate à desigualdade de grupos em situação de vulnerabilidade socioeconômica, por meio da busca pela igualdade tanto em seu aspecto constitucional como infraconstitucional.

Na visão do ministro, fazendo valer o princípio da igualdade e respeitando os critérios de proporcionalidade evidentes na demanda objetiva de negros e brancos, o Estado brasileiro teria legitimidade em implantar quando necessário e por determinado tempo políticas públicas a determinados grupos, por exemplo as políticas de ação afirmativa.

De forma a finalizar seus argumentos, Cesar Peluso descreve (BRASIL, 2012, p. 159) “as pessoas para serem ou fazerem algo dependem também das oportunidades e meios que tiveram para se constituírem como pessoas”, sendo assim, ele vota pela improcedência da ação.

Com relação ao voto do **ministro Gilmar Mendes**, foi disponibilizado no acordão a antecipação do voto como também o voto na íntegra; faremos a análise do voto na íntegra.

Partindo para uma análise conceitual de variados temas que envolvem o tema central da ação proposta, Gilmar Mendes encaminha sua argumentação construindo um olhar, a princípio, fazendo referências aos valores clássicos da Revolução Francesa de 1789, de liberdade, igualdade e fraternidade. Seguindo por esse caminho, o juiz dedica grande parte do seu voto a teorizar sobre o brilho dos preceitos constitucionais e a concepção original de liberdade e igualdade, em uma de suas referências ele afirma:

Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado

democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias (BRASIL, 2012, p. 178).

No campo da igualdade, a compreensão do ministro remete diretamente ao objeto da ação, a constitucionalidade da ação afirmativa. Embora seja claro que dentre esse objeto outros elementos passariam a ser questionados, como também referendados - por exemplo a ideia de igualdade formal e material e o reconhecimento das diferenças como parte do processo legal -, o que está em questão é como pensar, segundo o ministro, o exame da constitucionalidade das ações afirmativas respeitando as particularidades históricas e culturais das sociedades que delas fazem seu uso.

Um dos pontos possíveis para construção de uma ideia que absorva o modelo de ações afirmativas defendido pela UNB, e contraposto pelo partido DEM, está na utilização do critério racial, elemento chave da política de ação afirmativa.

A percepção que tivemos na análise do voto do ministro é que esse ponto é o que causa maior estranheza e interrogações sobre os procedimentos adotados pela UNB, pois, a análise feita sobre a questão da raça vai desde a tradição teórica e pesquisas sociológicas e antropológicas que caminham junto a esse tema desde os anos 30 do século XX, principalmente em um momento em que se pensava se de fato éramos uma democracia racial. Conforme o magistrado vai afastando as interpretações biológicas da ideia de raça, e buscando construir uma base conceitual da ideia de raça pela via mais sociológica, ele se depara com diversas interpretações e questionamentos³¹, que evidenciam, segundo a sua visão, possibilidades claras de um efeito contrário e negativo do objetivo maior, o combate à desigualdade. No entendimento do Min. Gilmar Mendes, o critério da cor da pele baseado na autodeclaração, dentro da proposta da UNB em questão, atribuiria agora a ideia de uma classificação e isso poderia gerar um certo desconforto tanto para quem se autodeclara como para quem é classificado.

³¹ Sobre essa questão, que vai desde exemplo do meio comum como o do futebol, no qual a ideia da cor da pele foi durante muito tempo um fator de segregação nesse ambiente de divergências e aceitações sobre a ideia de raça no Brasil, parte da discussão travada pelo ministro Gilmar Mendes infere na dificuldade de as pessoas se autoidentificarem como negros ou não. Outro fato histórico que ilustra esse ponto e que é narrado no acordão é que, “em 1959, o clube Portuguesa Santista em excursão à África do Sul se deparou com a informação que os jogadores negros do clube não poderiam participar da partida segundo as Leis locais. Tal fato gerou uma recusa do time em disputar o jogo, como também levou o governo brasileiro, à época do presidente Juscelino Kubistchek, a enviar um telegrama à África do Sul manifestando seu desacordo com o regime do apartheid, sendo então o Brasil o primeiro país fora da África a protestar contra o apartheid” (BRASIL, 2012, p. 184).

Nesse contexto, Min. Gilmar Mendes, como parte do seu voto, fala:

A discussão a respeito da legalidade do processo esbarra na liberdade do sujeito brasileiro em se autodeclarar negro, de tal modo, fazer o uso do direito a sua vaga no vestibular, no entanto segundo o ministro esse seria um ponto nevrálgico, e seria objeto de ampla discussão³². 'Tal declaração serve para ilustrar que essa espécie de avaliação é complexa e sutil e não pode ser designada a uma comissão sigilosa e sem critérios objetivos. Inclusive porque, do modo como a sociedade brasileira encontra-se hoje estruturada, buscar associar determinadas características genéticas a ancestrais de uma raça específica e, com isso, estabelecer quem é ou não beneficiário de uma ação afirmativa que leve em consideração esse critério, é praticamente impossível. (BRASIL, 2012, p. 191).

Mesmo com o aparente incômodo atribuído à forma de condução do processo de seleção, o ministro deixa claro a concordância com a política de ação afirmativa afirmando que:

Desse modo, o programa de ação afirmativa não objetiva a eliminação completa de desigualdades, mas o aumento da igualdade de oportunidades em um segmento específico. Exatamente por isso tem condições e deve ser estabelecido por um período que pareça razoável, de acordo com os dados disponíveis, para contrabalançar situações entendidas como desfavoráveis. Para tanto, tão importante quanto definir prazos e metas é submeter o programa a avaliações empíricas rigorosas e constantes. (BRASIL, 2012, p. 194).

No que tange à adoção de cotas raciais pela Universidade de Brasília, é visível na análise do voto do Min. Gilmar Mendes a insatisfação com a forma e execução do processo. Para justificar, ele faz uso de diversas fontes para demonstrar de forma objetiva o que ele compreende como falhas:

Infelizmente, no Brasil, o debate sobre ações afirmativas iniciou-se de forma equivocada e deturpada. Confundem-se ações afirmativas com política de cotas, sem se atentar para o fato de que as cotas representam apenas uma das formas de políticas positivas de inclusão social. Na verdade, as ações afirmativas são o gênero do qual as cotas são a espécie. (BRASIL, 2012, p. 201).

³² Conforme trecho do voto do ministro Gilmar Mendes, em 2004 a Comissão de Relações Étnicas e Raciais da Associação Brasileira de Antropologia (Crer ABA) foi contra o sistema adotado pela UNB, segundo a comissão: "forma como a UNB constituiu seu sistema geraria um constrangimento ao direito individual à livre autoidentificação, como também que esse critério adotado teria em uma forma um aspecto amplamente político."

A tônica segue no uso teórico de pontos que afirmam o erro substancial do modelo adotado pela UNB, como se o modelo adotado de “cotas raciais” em uma Universidade Federal do Distrito Federal tivesse impacto direto na forma que o negro ou branco de qualquer região do país enxerga ou entende o seu papel puramente pela sua cor. O medo demonstrado pelos argumentos, tanto do ministro como dos teóricos por ele utilizado, está na absorção pela sociedade brasileira de critérios raciais para tudo, aos moldes que viveram os negros afro-norte-americanos nos anos 60 do século XX. Nesse sentido, o magistrado aponta também os imbróglis que essas políticas de cotas por raça estão gerando em outros países, ele traz em seu texto um exemplo norte-americano:

Em recentes casos julgados, a Suprema Corte norte-americana voltou a restringir a adoção de políticas raciais. No caso *Parents Involved in Community Schools vs. Seattle School District n. 1.* (28 de junho de 2007) - no qual se discutiu a possibilidade de o distrito escolar adotar critérios raciais (classificando os estudantes em brancos e não brancos ou negros e não negros) como forma de alocá-los nas escolas públicas -, os juízes, por maioria, entenderam desarrazoado o critério e salientaram que “a maneira de acabar com a discriminação com base na raça é parar de discriminar com base na raça. (BRASIL, 2012, p. 202).

No processo de finalização dos seus argumentos, Gilmar Mendes discorre sobre olhar para as questões presentes, sobre o papel que o direito deverá assumir perante essas demandas sociais, que inclui pensar novas formas de inserção social daqueles que estão historicamente fora. Para isso, entender o que ele denomina de experimentalismo institucional faz parte da aceitação do modelo implantado de forma experimental pela UNB, mesmo com todos os possíveis erros, e completa o seu voto fazendo uso das palavras de Mangabeira Unger:

O primeiro foco é o desejo de dar realidade ao compromisso universalmente afirmado de construir um crescimento econômico socialmente inclusivo. A questão que se põe, mesmo diante das democracias mais livres e prósperas do mundo, é se só uma pequena minoria da humanidade será admitida nos setores avançados da produção e do ensino ou se conseguiremos abrir as portas para parcelas grandes da economia e da sociedade, admitindo-lhes a este universo de experimentalismo avançado que caracteriza as formas avançadas de produção e de aprendizado. Os meios tradicionais para atenuar as desigualdades - as políticas compensatórias universalizantes de um lado e a promoção pelos governos da pequena propriedade - revelaram-se ambos insuficientes para alcançar este objetivo (BRASIL, 2012, p. 205).

Em linhas gerais, o Min. Mendes (BRASIL, 2012, p. 206) afirma que o direito precisa ser repensado, deve ser adaptado às condições políticas pelas quais presentemente passamos. Assim, feitas as críticas e considerações objetivas, o ministro julga improcedente a ação.

Partindo para uma interpretação da causa do objeto proposto na ADPF n. 186 (BRASIL, 2012), o **ministro Marco Aurélio** constrói o desenho de sua argumentação pelo caminho de uma retrospectiva das constituições, de 1824 a 1888, revisitando elementos que demonstram um certo avanço no tema da discriminação racial. As transformações ocorridas desde o século XIX, em termos constitucionais, aplicam de forma sinuosa a tipologia da igualdade formal, buscando extinguir privilégios.

Conforme aponta Marco Aurélio, as CF são claras em afirmar “todos são iguais perante a Lei”, ou seja, temos a Lei, só nos falta aplicá-la. De toda forma, com a CF de 1988, amplia-se a interpretação, ou melhor, busca-se inserir sob o termo igualdade formal elementos que a aproximem da ideia de uma igualdade material, nas palavras do ministro:

Então, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as Leis, as Leis é que são feitas para os homens. (BRASIL, 2012, p. 212).

Na perspectiva do ministro, a palavra discriminação, antes apoiada sobre o estigma do medo, reaparece em um aspecto que busca o pensar sobre o discriminar, como também medidas a serem adotadas de forma a combater a discriminação racial, de sexo, idade e cor etc. Em termos argumentativos, Marco Aurélio chama atenção para os artigos 4º, inciso VII e artigo 5º da CF, mas com atenção aos incisos XLI “a Lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, e XLII “torna a prática de racismo crime inafiançável e imprescritível”.

No campo das questões ligadas às políticas de ação afirmativa, o ministro argumenta que ação afirmativa sempre foi um elemento comum no campo constitucional brasileiro, desde o artigo 7º da CF em seu inciso XX “proteção à mulher no mercado de trabalho”, o artigo 37 inciso III, reserva de vagas de deficientes em

concursos públicos, e, no campo da justiça eleitoral, a Lei 9.504/97 que versa sobre a cota de 30% de vagas para mulheres candidatas.

Dessa forma, ele aponta:

revela-se, então, que a prática das ações afirmativas pelas universidades públicas brasileiras é uma possibilidade latente nos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria e que a ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica (BRASIL, 2012, p. 218).

Assim, chamando atenção da responsabilidade do STF perante esse tema, o Min. Marco Aurélio declara a ação improcedente.

Partindo para uma defesa do instituto jurídico constitucional do sistema de políticas de ação afirmativa, o **ministro Ayres Britto** afirma que toda política pública é de fato uma política estatal, e por sua vez assume o caráter de justiça compensatória como também restaurativa e, quando não, demais compensatória. Segundo o ministro, todas essas características aparecem entre outras formas no texto constitucional. Fato é que casos antigos analisados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal já evidenciavam junto à CF formas de inserção social de determinados grupos ao sistema de cotas.

Desse modo, a CF, segundo o Min. Ayres Britto, abarcou em seus artigos incisos formas de combater as desigualdades sociais, duras e persistentes ao longo dos séculos. Os debates “igualdade e desigualdade” são apostas feitas pelos legisladores, ou melhor, no pensar do ministro, quem nunca sofreu preconceito em função de sua cor da pele já estaria em uma situação favorecida, ainda mais quando esse preconceito se materializa e se torna latente.

Nesse ponto, o Min. Ayres Britto chama atenção:

E o preconceito, quando se generaliza e persiste no tempo, quando se alonga, como é o caso no Brasil, por diversos séculos, vai fazer parte das relações sociais de base, que são aquelas relações sociais que definem o perfil de uma sociedade, o caráter de uma sociedade. Então, as nossas relações sociais de base não são horizontais; são hegemônicas e, portanto, verticais. (BRASIL, 2012, p. 223).

Nesse contexto que se inseriu a análise da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012), o elemento *igualdade* apareceu fortemente nos outros argumentos dos ministros, no entanto, o Min. Ayres Britto busca na CF o sentido da igualdade proclamada como valor constitucional, ou seja, uma igualdade direcionada mais para proteger os

desprotegidos, e não para amparar os já amparados. Da mesma forma, a desigualdade se apresenta como o elemento intrínseco à discriminação, os indivíduos que estão na esteira da desigualdade basicamente são aqueles que sofrem preconceito. Nesse ponto, torna-se interessante citar a visão do Min. Ayres Britto:

Agora imaginemos as desigualdades no próprio âmbito das desigualdades. Convenhamos um ser humano negro, mulher, pobre, deficiente físico, homossexual, idoso, analfabeto. É uma desigualdade potencializada, turbinada, que leva as pessoas, numa dimensão macro, vítimas desse preconceito renitente, a internalizar um sentimento de baixa autoestima. E quando o sentimento de baixa autoestima é generalizado, esgarça o tecido da própria coesão nacional e o país se instabiliza, no plano da harmonia, perigosamente, porque é desarmonia. (BRASIL, 2012, p. 223).

A compreensão que retiramos da análise do magistrado é que elementos que estão compostos no seio social como racismo, preconceito e discriminação tendem a espalhar-se pela sociedade e vão corroendo as suas estruturas de grupo, descaracterizando o sentido primordial da igualdade, privilegiando o aspecto da diferença. Contudo, a ideia de promover a igualdade equipara-se ao combate à desigualdade, ou seja, a CF aponta o caminho, conforme Min. Ayres Britto, em seu artigo 3º inciso IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça e sexo-, como também em seu artigo 23 - é competência comum e a competência aqui é dever da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios - “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização promovendo a integração social dos setores desfavorecidos” (BRASIL, 2012, p. 228).

Assim, a defesa de políticas públicas é uma consequência positiva e real amparada pela CF e com o braço do Estado:

Se historicamente há desigualdades nas desigualdades, atualmente tem que haver políticas públicas no âmbito das políticas públicas, as primeiras correspondendo a um *plus*. Não basta proteger, é preciso promover, elevar, fazer com que os segmentos ascendam. (BRASIL, 2012, p. 229).

Em sua arguição final, o ministro contradiz de forma literal os argumentos do DEM afirmando que as políticas públicas de ação afirmativa devem existir para o combate direto às desigualdades, visando à promoção da dignidade de determinados grupos a elas interessados, e finaliza votando pela não aceitação da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012).

3.2.2. ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018)

3.2.2.1. A ação judicial

A ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018), proposta pelo partido Democratas em 25/06/2004, questiona a constitucionalidade do Decreto Lei 4.887 de 20 de novembro de 2003, sendo distribuído para o ministro Cezar Peluso³³. Buscaremos nesta parte do trabalho construir as categorias históricas e políticas que levaram ao decreto e à posterior ADI.

3.2.2.1.1. A questão da terra

A questão do direito à terra pelos afro-brasileiros caminha paralelamente às mudanças constitucionais e às determinações legais que envolveram diretamente o Estado na manutenção de privilégios e cerceamento de direitos de determinados grupos. Em termos históricos, a questão do acesso à terra insere-se no quadro da vida privada e remodelou o cotidiano dos que aqui viviam principalmente com o advento da Lei de terras de 1850.

Em termos gerais, a Lei de terras de 1850, ou Lei n. 601 sancionada pelo imperador D. Pedro II, foi considerada uma das primeiras Leis promulgadas no Brasil após a independência. A partir desse momento ficariam estabelecidas normas sobre a posse, uso, manutenção e comercialização da terra. No que mais nos importa nesta discussão sobre a referida Lei, que seja a proibição de compras ou mesmo doação da terra para os mais pobres e a facilitação do acesso à terra aos imigrantes e grandes proprietários rurais, convergiu para o que entendemos ser o momento inicial na questão das terras dos quilombolas, corroborando para os reais problemas que se arrastam até hoje.

Em um trecho da Lei, o descaso com a população negra e o direito à terra é visível em seu artigo que diz:

Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaisquer outras servidões, e

³³ Em 30/08/2012 o ministro Cesar Peluso foi aposentado do STF.

assento de estabelecimentos públicos: 3º, para a construção naval. (Lei de terras de 1850).

Como pode ser visto, é claro na visão do legislador que, entre as comunidades, os negros³⁴ ficaram fora de qualquer possibilidade de uma porção de terra. No artigo 18³⁵ da referida Lei, o Imperador, imaginando a possibilidade de novos povos virem para o Brasil, direciona a eles a possibilidade de acesso à terra, desprezando mais uma vez a categoria do homem negro enquanto partícipe da construção do Brasil. No decorrer do século XIX e no século XX, a questão da terra, pelo sinônimo de propriedade, ganha ampla notoriedade na maioria dos textos constitucionais, até mesmo pelo caráter econômico e de manutenção de território, sendo difícil identificar nesses mesmos textos um caráter social ou de acesso à terra aos grupos desprivilegiados.

Da CF de 1834 a CF de 1967³⁶ não identificamos diretamente nenhuma menção que relacionasse aos negros a questão do direito à terra como forma de reconhecimento das tradições históricas e culturais. Entretanto, enquanto garantia constitucional, somente com a CF de 1988 aparece explícita e diretamente o direito à posse e uso da terra: “art. 68 - aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida à propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Como parte do objeto dessa discussão, o Decreto 4.887 de 20/11/03, assinado pelo então presidente da república Luiz Inácio Lula da Silva, buscou organizar e cumprir o que já estava no texto constitucional, conforme explicado:

Art. 1º Os procedimentos administrativos para a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e a titulação da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de que

³⁴ Coincidentemente a Lei Eusébio de Queirós, de 1850, foi assinada duas semanas antes da Lei de Terras de 1850, essa Lei proibia o tráfico de escravos a partir daquela data para o Brasil.

³⁵ Art. 18. O Governo fica autorizado a mandar vir anualmente à custa do Tesouro certo número de colonos livres para serem empregados, pelo tempo que for marcado, em estabelecimentos agrícolas, ou nos trabalhos dirigidos pela Administração pública, ou na formação de colônias nos lugares em que estas mais convierem; tomando antecipadamente as medidas necessárias para que tais colonos achem emprego logo que desembarcarem. (Lei 601 de 18/09/1850).

³⁶ Anteriormente à CF de 1967, em 30/11/1964, foi aprovado o Estatuto da Terra, documento que normalizou a distribuição, acesso e uso das terras devolutas no Brasil. Chama-nos atenção para o presente trabalho o seu artigo 2º “é assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na reforma prevista em Lei.” Além da criação do órgão executor específico para realização da reforma agrária, o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA).

trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, serão procedidos de acordo com o estabelecido neste Decreto.

Da mesma forma, o presente documento estabelece que os remanescentes das comunidades quilombolas são:

Art. 2o Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

No contexto de uma relação que se estabelece no campo de lutas sociais, o direito à terra pelos quilombolas ampara-se no direito a ter uma propriedade e não mais ser uma propriedade aos moldes do século XIX. As comunidades quilombolas, por estarem muitas vezes em lugares hostis, distantes dos grandes centros, trazendo em si a marca da preservação do local, tendo como composição de força de trabalho seus membros que são agricultores, seringueiros, pescadores dentre outros, buscam construir elementos que demonstrem a sua ligação com a terra e as demandas das suas comunidades.

Conforme a Fundação Cultural Palmares, órgão do governo federal responsável pelas certificações das comunidades, em diversas regiões do país as comunidades quilombolas recebem outras denominações, que sejam: terras de preto, terras de santo, comunidade negra rural ou, ainda, um nome dado à própria comunidade, como Gorotubanos, Kalunga, Negros do Riacho, dentre outras³⁷.

A luta pelo reconhecimento cultural dos quilombolas passa pela defesa da terra, isso, como veremos na sequência do trabalho, se configurará no embate político-jurídico.

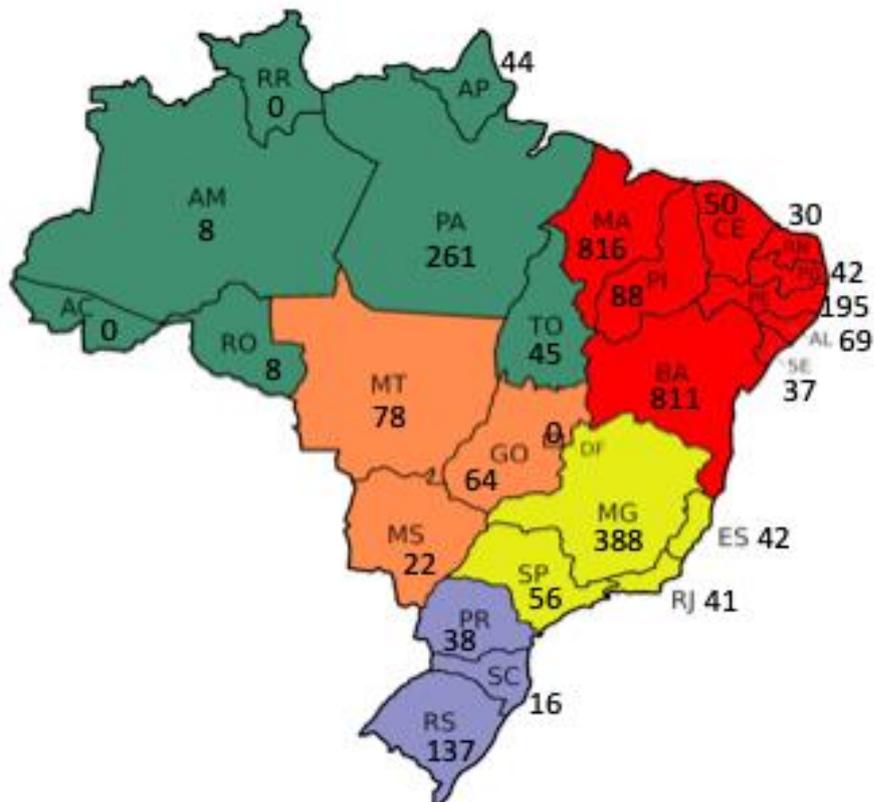
Sendo responsável pela certificação das terras quilombolas e seguindo o preconizado pela Convenção 169 da Organização Social do Trabalho (OIT), a Fundação Cultural Palmares expediu aproximadamente 3.376 certificações³⁸,

³⁷ Informações retiradas do www.palmares.gov.br

³⁸ De acordo com a portaria FCP 98, de 26 de novembro de 2007, os documentos exigidos para certificação são: ata de reunião específica para tratar do tema de autodeclaração, se a comunidade não possuir associação constituída, ou ata de assembleia, se a associação já estiver formalizada, seguida da assinatura da maioria de seus membros; breve relato histórico da comunidade (em geral, esses documentos apresentam entre 2 e 5 páginas), contando como ela foi formada, quais são seus principais troncos familiares, suas manifestações culturais tradicionais, atividades produtivas,

conforme dados da própria fundação em portarias emitidas até 02/08/2019, sendo a última portaria 138/2019.

Figura 1 - Mapa do Brasil das certificações por Estado até 02/08/19



Fonte: Elaborado pelo próprio autor baseado no *site* da Fundação Cultural Palmares (2019).

Como pode ser visto no mapa acima, a região que apresenta o maior número de certificações é a região nordeste, com 2.138 certificações, e o estado com maior número de certificações é o estado do Maranhão.

3.2.2.1.2. Processo judicial

O primeiro ponto questionado pela ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018) se referia ao fato de que o decreto 4.887/03 *invade a esfera reservada à Lei*, e “não caberia ao poder executivo propor tal medida normativa e sim ao legislativo, principalmente na retirada do entendimento do real proprietário da terra”. **O segundo ponto** questionado é que o decreto criaria uma nova modalidade de desapropriação, cujo teor estaria em desapropriar a terra para ser transferida aos remanescentes de quilombos. **O terceiro**

ponto “questiona o critério da autodeclaração, visto que o que vale é fato de ser remanescente na propriedade e não descendente”. **O quarto ponto** sujeita a delimitação das terras a serem tituladas aos indicativos fornecidos pelos próprios interessados, como também “a não comprovação do grau de pertencimento com a terra e sua história”. Como podemos ver, os argumentos utilizados pela parte contrária e utilizados para alimentar o debate no nosso entendimento buscarão desconstruir o decreto como também as mudanças inerentes a ele, por dois caminhos, um identitário e outro jurídico: afastamento dos afro-brasileiros da raiz histórica e cultural quilombola, como também o poder limitador do direito da propriedade.

A Advocacia Geral da União amplia a centralidade argumentativa demonstrando que não caberia discutir o critério de constitucionalidade do referido Decreto 4.887/03, mas, sim, entender o alcance material e imaterial que o documento poderia ter, principalmente ao afirmar que o artigo 68 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) cria “novo instituto jurídico a propriedade especial quilombola” (BRASIL, 2012, p. 11).

Da mesma forma, a Procuradoria Geral da República manifesta-se no sentido de não haver inconstitucionalidade do decreto, seguindo a Advocacia Geral da União.

No julgamento da ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018), vinte e cinco associações e confederações de instituições participaram como *amicus curie*, sendo: Instituto Pro Bono, Conectas Direitos Humanos, Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, Centro Pelo Direito à Moradia Contra Despejos - COHERE, Centro de Justiça Social, Instituto Socioambiental - ISA, Institutos de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Públicas - POLIS, Terra de Direitos, Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado do Pará - FETAGRIPARÁ, Estado do Pará, Estado de Santa Catarina, Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA, Confederação Nacional da Indústria, Associação Brasileira de Celulose e Papel Bracelpa, Sociedade Rural Brasileira, Centro de Assessoria Jurídica Popular Mariana Criola, Koinonia Presença Ecumênica e Serviço, Associação dos Quilombos Unidos do Barro Preto e Indaiá, Associação de Moradores Quilombolas de Santana - Quilombo de Santana, Coordenação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas de Mato Grosso do Sul, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, Estado do Paraná, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA e Clube Palmares de Volta Redonda - CPVR.

Compreendendo a importância do Decreto 4.887/03 e a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, as contribuições dos *amicus curie* aparecerão no voto de alguns ministros.

3.2.2.2. A decisão do STF

De forma introdutória, mas buscando elementos sobre a inconstitucionalidade material do Decreto 4.887/03, o **ministro Cesar Peluso** traz em seu voto parte do parecer do ex-ministro Carlos Veloso na função de advogado da CNI, ele afirma:

O Decreto 4.887, de 2003, além de inconstitucional, sob o ponto de vista formal, contém dispositivos ofensivos à Constituição. É dizer, contém normas materialmente inconstitucionais, normas que, mesmo se veiculadas mediante Lei, apresentariam o mesmo vício. É que elas inovam e desvirtuam o disposto no art.68 do ADCT (CNI, 2012, p. 32).

A relação proposta para análise do mérito da ação partilha do entendimento que o Decreto 4.887/03 estaria violando outros princípios constitucionais, principalmente quando o ministro expõe sua preocupação em relação aos efeitos do Decreto 4.887/03:

Convencido da inconstitucionalidade do diploma impugnado, não posso, todavia, furtar-me a sopesar, com igual atenção, o crescimento dos conflitos agrários e o incitamento à revolta que a usurpação de direitos dele decorrente pode trazer, se já a não trouxe. É que o nobre pretexto de realizar *justiça social*, quando posto ao largo da Constituição, tem como consequência inevitável a desestabilização da *paz social*, o que o Estado de Direito não pode nem deve tolerar. Antes, deve afastar, como é óbvio. (BRASIL, 2018, p. 33).

O Min. Cesar Peluso fala do trabalho desenvolvido pela Sociedade Brasileira de Direito Público para a Fundação Palmares através do professor Carlos Ary Sundfeld, em análises do teor constitucional e administrativo sobre a questão, mas permeado por um tom humanista e de elevada consciência social.

Outro assunto divergente que suscitou debate está na questão da posse, da propriedade e da atribuição da União em fazer a desapropriação. No desenvolvimento dos seus argumentos, o Min. Peluso demonstra preocupação principalmente no critério de posse e propriedade. Com relação a posse da terra, as

dúvidas postas à luz do artigo 68 do ADCT³⁹ são a palavra “remanescentes”, o que se compreende como “desapropriação” e a quem se estende o direito à propriedade. Partindo para uma confrontação direta entre o artigo 68 do ADCT e o Decreto 4.887/03, o ministro relator é categórico em discordar da forma como o decreto aborda os termos que caracterizam os seus destinatários. O exercício argumentativo pautou-se em desconstruir alguns conceitos - dentre eles, “quilombos”:

Reafirmo que os respeitáveis trabalhos desenvolvidos por juristas e antropólogos, que pretendem ampliar e modernizar o conceito de *quilombos*, guardam natureza metajurídica e por isso não têm, nem deveriam ter, compromisso com o sentido que apreendo ao texto constitucional. É que tais trabalhos, os quais denotam avanços dignos de nota no campo das ciências políticas, sociais e antropológicas, não estão inibidos ou contidos por limitações de nenhuma ordem, quando o legislador constituinte, é inegável, as impôs de modo textual. Não é por outra razão que o artigo 68 do ADCT alcança apenas certa categoria de pessoas, dentre outras tantas que, por variados critérios, poderiam ser identificadas como ‘quilombolas’. Isso explica, aliás, a inserção desse dispositivo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (BRASIL, 2018, p. 55).

Em tratando-se das comunidades afrodescendentes que se identificam como grupos étnicos para além do Brasil, como Colômbia, Equador, Suriname, Nicarágua e Honduras e Belize, o Min. Cesar Peluso traz em seu voto dados da Comissão Pró- Índio de São Paulo, que explica que a garantia do direito à terra dos afro-latinos descendentes (quilombolas no Brasil e *cimarrones* na Colômbia) aparece em parte dos seus textos constitucionais. Como é o caso da constituição de 1991 na Colômbia, do Equador de 1988, e da Nicarágua de 1987.

Dessa forma, no Brasil, o critério de uma abordagem cultural ou multicultural em respeito à tradição e origem perde para uma análise puramente literal, ou seja, pensar o que é o quilombo, quem estava no território antes de 1888 e quem manteve-se até 1988, como também se vale pensar em comunidade quilombola ou apenas remanescentes, torna-se mais importante do que entender a relação desses povos com o seu território.

³⁹ Como não bastasse o ADCT 88, o ministro relator traça uma trajetória de documentos jurídicos que tratam especificamente da questão dos quilombolas nos âmbitos federal, estadual e municipal. Entre alguns aparecem como exercício de desconstrução do decreto 4887/03, outros apenas a transcrição do documento, exemplos: Lei 12288/2010 - Estatuto da Igualdade Racial, Instruções normativas do INCRA.

Diferentes pontos do Decreto 4.887/03 são questionados pelo Min. Relator, principalmente os relativos à posse, à propriedade e à desapropriação. Na concepção do ministro, é amplamente entendível o reconhecimento aos remanescentes das comunidades quilombolas da posse de quem viveu ou estava de forma contínua e prolongada e centenária sobre a terra qualificada para tal em 05 de outubro de 1988; da mesma forma, a propriedade torna-se algo concreto pelo tempo que ali os remanescentes estavam aproximando-se, segundo o relator, do conceito de usucapião, ou melhor, a posse qualificada. (BRASIL, 2018).

A desapropriação é outro ponto de grande debate, principalmente o art. 13 do Decreto 4.887/03:

Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

§ 1º Para os fins deste Decreto, o INCRA estará autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, operando as publicações editalícias do art. 7º para efeitos de comunicação prévia. (BRASIL, 2018, p. 58).

No entendimento do Min. Cesar Peluso, não haveria a necessidade de falar em terras desapropriadas uma vez que as terras têm ocupação secular, qualquer medida tomada de forma administrativa orientada pelo decreto seria plausível de questionamento jurídico, conforme ele cita:

Ora, a violação à Constituição é, aqui, vistosa. Tal desapropriação, além de não disciplinada por Lei específica, como impõe o inciso XXIV do art. 5º da CF, não se amolda a nenhuma das hipóteses já previstas em Lei que se resumem à necessidade ou utilidade pública e interesse social. (BRASIL, 2018, p. 58).

Segundo o Min. Cesar Peluso, pensar em desapropriação no modo como aparece no inciso XXIV do art. 5º da CF seria pensar em desapropriar por necessidade, utilidade pública ou interesse social, algo que, segundo o ministro, difere do que consta no Decreto 4.887/03, que seria a desapropriação de imóveis privados, violando a Constituição.⁴⁰

⁴⁰ E, para o debate, o relator cita principalmente a Lei 4132/62 e a Lei 8629/93 em seu artigo 1º. A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa destruição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social". Com relação à Lei 8629/03, que regulamenta e

Dentre os argumentos do Min. Cesar Peluso, uma coisa seria a garantia constitucional secular da terra como propriedade aos remanescentes dos quilombos, outra seria falar em posse da terra por outros critérios constitucionais referenciados por ele como nem sendo de interesse social, ou mesmo para dispor a reforma agrária.

Nesse contexto, a fim de finalizar a sua construção argumentativa, o relator traz novamente o embate público travado por meio das mídias jornalísticas das interpretações conceituais do que de fato são os quilombos, como se não bastasse toda a definição trazida no artigo 8º do ADCT 88, como também do decreto 4.887/03.

Transcrevemos abaixo duas matérias jornalísticas entre as que foram destacadas no voto do Min. Cesar Peluso:

Jornal o Globo de 08/05/2010

A criação de quilombos, por Denis Lerrer Rosenfield, professor de filosofia na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Há todo um processo em curso, encampado pela Fundação Palmares, pelo Incra e pelo Ministério Público Federal (particularmente a sua 6ª Câmara), de ressignificação da palavra quilombo, visando a enquadrar todas as suas ações numa interpretação do art. 68, do Ato das Disposições Transitórias, da Constituição de 1988. Esse processo conta, inclusive, com o apoio de setores da comunidade de antropólogos. Foi igualmente essa posição que fundamentou o Decreto 4.887/2003, estabelecendo os critérios de desapropriação baseados na auto atribuição e na autodefinição. Desde então, tais formulações só têm se reforçado. A Constituição de 1988 é inequívoca no uso do conceito de quilombo, significando, na época, uma comunidade de escravos fugidios, mormente negros, que constituíram povoados em regiões longínquas, com o intuito de oferecer resistência aos que vinham em sua perseguição. Ela é igualmente inequívoca ao assinalar, naquela data, as terras que eram efetivamente ocupadas, de uma forma continuada, por negros, entendidas como terras públicas ou devolutas. Concebia-se a existência de, no máximo, 100 quilombos no país. Perversão do termo 'quilombo' - Ora, o movimento da dita ressemantização, assumido oficialmente pela Fundação Palmares, pelo Incra e pelo Ministério Público, altera radicalmente os termos da questão, com o intuito de justificar invasões e contenciosos jurídicos. Calcula-se, a partir da nova ressignificação, a 'existência', no país, de praticamente 4.000 quilombos, podendo esse número ser ainda muito maior. Uma primeira estimativa, provisória, seria de 22 milhões de hectares a serem destinados a essa 'nova reforma', agrária em um sentido, mas, em outro, atingindo diretamente os centros urbanos. Pretensão territorial - Um quilombo passa, então, a ser definido segundo uma identidade simbólica baseada na auto atribuição. Basta um determinado grupo auto intitular-se enquanto tal, a partir de uma suposta comunidade de raça, religião e sentimentos, para que se

disciplina disposições relativas à reforma agrária, em seu artigo 2º, fala que "a propriedade rural que não cumprir a função social prevista" no artigo 9º "é passível de desapropriação, nos termos desta Lei, respeitados os dispositivos constitucionais". (BRASIL, 2018, p. 60).

estabeleça uma pretensão territorial. É interessante observar que não se trata mais de terras ou propriedades, mas de 'territórios', supostamente fundados nessa identidade simbólica, cultural. O trabalho do antropólogo se reduziria, por assim dizer, a colher relatos orais que justificariam uma pretensão, de antemão reconhecida como justa. Ocorre aquilo que é denominado de redimensionamento do próprio conceito de quilombo, sua ressemantização, em um processo de construção teórica, que não se contenta com o que os Constituintes de 1988 consideravam como sendo um quilombo. De um lado, temos o que a Constituição estabelece conforme o que era pensado com esse conceito; de outro lado, temos os antropólogos conferindo à Constituição um significado que não é seu, significado esse não pensado pelos constituintes. A farsa de antropólogos engajados politicamente. A situação política é assaz curiosa, porque os antropólogos se colocam na posição de verdadeiros constituintes, sem terem sido eleitos com tal finalidade. A inversão é total. Foi introduzida, graças a um grupo de antropólogos, uma distinção de cunho ideológico e político, entre o quilombo propriamente dito, renomeado de 'quilombo histórico', e o quilombo então dito 'conceitual', que seria o 'verdadeiro' quilombo. Trata-se de uma oposição entre o que seria o 'reconhecimento' de um quilombo pelo Estado, em um ato oficial, administrativo, político e jurídico de consagração de uma realidade, e o que seria um ato próprio de criação, produto de uma ressemantização. (BRASIL, 2018, p. 67).

Revista ISTOÉ, em 30/01/2008:

A ideia era reparar injustiças históricas e salvaguardar a riqueza cultural dos remanescentes de escravos que constituíram os quilombos. Mas a ideia generosa acabou virando uma caricatura [...]. Valendo-se de uma Instrução Normativa do INCRA, grupos supostamente remanescentes de quilombos estão reivindicando uma área maior que o Estado de São Paulo: cerca de 30 milhões de hectares. É uma disputa que opõe proprietários agrícolas e empresários do agronegócio ao movimento negro e a ONGs de quilombolas. [...]. Há reivindicações justas, como a do Povoado Mesquita, localizado em Cidade Ocidental (GO), a 30 km de Brasília. O povoado, que abriga 313 famílias, cultiva marmelo, cana-de-açúcar e mandioca. Foi regularizado em 2006 e teve origem há cerca de 200 anos, com a doação de uma gleba a três mulheres, escravas alforriadas, por um proprietário de terras da região. O problema é que a falta de rigor da norma criada pelo INCRA está dando margem a uma verdadeira pirataria antropológica. Há municípios, como o de São Mateus, no norte do Espírito Santo, com 80% de sua área já demarcada para desapropriação. A cidade tem 100 mil habitantes, dos quais 3.985 proprietários rurais. Na Ilha de Marambaia, Rio de Janeiro, cerca de 70% de uma área de 82 quilômetros quadrados de litoral preservado pela Marinha pode passar, depois de mais de 100 anos, para 379 pessoas que se dizem remanescentes de quilombolas. Estranhamente, dos supostos quilombolas do local, 21% se declaram brancos. 'Sendo a Marambaia uma formação insular, de mata escassa, onde havia na base do morro o maior mercado de escravos da província, seria espantoso que os escravos fugidos se escondessem na elevação ou vizinhança, em beco sem saída e de fácil captura', diz um documento oficial da Marinha. Em reunião com o

ministro-chefe do Gabinete de Segurança Institucional, general Jorge Félix, o presidente Lula determinou que fosse puxado o freio de mão. O advogado-geral da União, ministro José Antônio Dias Toffoli, foi escalado para colocar um fim na questão. Sob sua coordenação, foi criado um grupo de trabalho composto por 25 órgãos do governo. No relatório final que está sendo elaborado pela Advocacia Geral da União (AGU), o governo reconhece os abusos dos responsáveis pela demarcação das terras e recomenda a revisão da instrução normativa que estava sendo utilizada pelo INCRA em processos de reconhecimento, desapropriação e delimitação de áreas de quilombos. 'A instrução normativa extrapola o decreto', admitiu Toffoli à ISTOÉ. Pelo processo em vigor de reconhecimento de terrenos pelo INCRA, não importa se as áreas são produtivas ou não, ou se os produtores ali instalados geram empregos e contribuem para o desenvolvimento. Às favas também as escrituras de terras registradas em cartório. Basta alguém se autodefinir como remanescente de quilombola para que seja dado o pontapé inicial para o processo de desapropriação de toda aquela área. O processo também podia correr mesmo que houvesse questionamentos na Justiça pelos proprietários da terra. Com a nova interpretação do governo, enquanto houver contestação, nada poderá andar. O grupo de trabalho da AGU descobriu outra esperteza que estava jogando a favor de grupos autointitulados quilombolas: a verificação das áreas reivindicadas muitas vezes era feita por antropólogos ligados à própria comunidade. 'A ideia é dar segurança jurídica ao processo', acrescentou Toffoli. A briga por imensas áreas promete novos capítulos. Atualmente, há 588 processos de titulação de terras para remanescentes quilombolas em curso no INCRA. Segundo a Fundação Cultural Palmares, hoje existem 1.170 comunidades registradas e um total de três mil mapeadas. O presidente da Fundação, Zulu Araújo, nega que haja irregularidades no reconhecimento de comunidades quilombolas. O movimento quilombola nacional divulgou nota dizendo que o governo ameaça retirar seus direitos em favor do agronegócio. 'Consideramos a alteração da instrução normativa uma atitude racista', contestou o movimento. A queda-de-braço só está começando. (BRASIL, 2018, p. 64).

Como parte do voto, compreendemos que o relator, através desses e outros argumentos, resguarda-se no princípio da divergência intelectual e conceitual a fim de proferir sua interpretação. O ministro apresenta também como contraponto parte da defesa feita pelos antropólogos e pelo Ministério Público Federal ao artigo de Denis Lerrer, do Jornal o Globo:

É falsa a oposição criada pelo autor entre quilombo histórico e quilombo conceitual. Isso porque o significado das palavras - e das próprias instituições - se transforma com o tempo. É o caso do termo quilombo, que foi construído num contexto de ominação dos negros e que foi, ele mesmo, resultado dessa condição. Assim, o adjetivo 'histórico' demarca que a percepção das autoridades, ao longo dos séculos XVII, XVIII e XIX, vislumbrava qualquer reunião mais ou menos estável de negros, necessariamente fugidos, composta por

número variado de indivíduos, como perigo e risco às instituições, devendo ser aniquilada. Essa definição não dava e não dá conta de descrever um conjunto de situações diversificadas ocorridas no interior do sistema escravista brasileiro. Inúmeras pesquisas realizadas por historiadores revelam que grupos formados majoritariamente, mas não exclusivamente por negros, muitos escravizados, se organizavam dentro ou ao lado de grandes propriedades, em núcleos estáveis onde havia intensa vida social, econômica e religiosa, com manutenção de relações e laços com a sociedade escravista em vários aspectos. Podiam ser tolerados pelas autoridades por fornecer produtos agrícolas aos fazendeiros a preços competitivos ou ainda por manter alianças políticas ou familiares com a sociedade em geral. É curioso perceber que alguns desses núcleos, que congregavam negros fugidos ou não, mantiveram-se colados a determinados espaços de referência, que se convencionou denominar territórios, já que nesses espaços puderam se reproduzir em torno de algumas gerações, mas também conseguiram preencher de sentido sua própria existência, considerando-se e sendo considerados como integrantes de grupos sociais diferenciados, portadores de identidades peculiares constituídas em base a uma origem comum. Trata-se aqui de reconhecer a reprodução material e física, mas também cultural, simbólica e religiosa de certos grupos com existência contemporânea inequívoca. Portanto, não há que se falar em 'metáfora' ou 'produção propriamente simbólica 'da realidade 'seguida de existência'. A existência atual desses grupos é condição prévia do reconhecimento por parte do Estado, não o inverso. É a partir da constatação da concretude desses grupos, como sujeitos de práticas sociais peculiares que compartilham um repertório de representações, que emana o reconhecimento do Estado que gera os direitos constitucionais mencionados. As comunidades negras atualmente abrangidas por um conjunto de direitos territoriais e culturais são, portanto, a expressão viva e concreta do conceito, daí a necessidade de sua ressemantização. Não é o termo ressignificado que cria realidades, mas é a própria realidade que subsidia a ressemantização do conceito de quilombo. (BRASIL, 2018, p. 58)⁴¹

Em termos de uma ação direta do Estado na implementação do que consta nos documentos legais, principalmente através das instituições responsáveis para tal, exemplo a Fundação Palmares e o Incra, o Min. Cesar Peluso destaca em seu voto que embora tenha-se material suficiente para fazer valer as prerrogativas institucionais, vem também acompanhado de normativas⁴² posteriores ao Decreto 4.887/03, cuja interpretação e ação dos funcionários tornou-se alvo de disputa tanto

⁴¹ Nós buscamos separar a parte que trata principalmente do conceito de quilombo como unidade cultural e identitária viva. A resposta dada por completo encontra-se na página 58 do referido Acordão, parte que compõe o voto do ministro relator.

⁴² Mesmo durante o governo Lula, já constituído e organizado, a morosidade nas titulações fez-se presente, mudanças constantes por normativas e portarias tornaram o processo mais moroso e custoso. Ou seja, independentemente da ideologia do governo, a burocracia faz-se presente da mesma forma.

no campo físico, posse e desapropriação da terra, como também por meio dos tribunais, ou seja, as ações tornaram-se judicializadas.

Argumenta também o Min. Cesar Peluso que frente às fragilidades do decreto e morosidade em obter registro pode-se afirmar que:

Tampouco é real a alegação de que os processos administrativos não têm prosseguimento por conta da sua judicialização. Embora se verifique um aumento dos questionamentos na Justiça, ainda são poucos os processos paralisados em função de decisões judiciais, conforme pode ser conferido na pesquisa de ações judiciais realizada pela Comissão Pró-Índio de São Paulo. A morosidade nas titulações deve-se em grande parte aos empecilhos burocráticos introduzidos nos procedimentos para a regularização das terras quilombolas ao longo do Governo Lula. Os obstáculos foram acrescidos progressivamente por meio de sucessivas normatizações: a Instrução Normativa Incra n. 16/2004; a Instrução Normativa Incra n. 20/2005, a Portaria Fundação Cultural Palmares n. 98/2007 e finalmente, a mais polêmica delas, a Instrução Normativa Incra n. 49/2008 que vigora atualmente como Instrução Normativa Incra n. 57 de 2009. As exigências introduzidas a cada nova norma tornaram o processo mais moroso e custoso e, conseqüentemente, mais difícil de ser concluído. Por essa razão é que a Comissão Pró Índio de São Paulo considera que as normas atuais cerceiam o direito reconhecido aos quilombolas pela Constituição Federal. (BRASIL, 2018, p. 77).

Dessa forma, por entender uma fragilidade do Decreto 4.887/03 que, segundo o Min. Cesar Peluso, poderia em alguns pontos, especialmente na questão da propriedade, ter uma participação maior do Legislativo, somando-se principalmente às questões ligadas à posse e desapropriação da terra e que, segundo o ministro, geraram “densidade da desestabilização social que se configurou pelo Brasil afora e que deve ser reconduzida aos limites constitucionais” (BRASIL, 2018, p. 61), e por atribuir de forma não contemplativa o teor do documento questionado, principalmente no que tange ao seu real objetivo e pelas falhas do Estado em aplicá-las, o ministro Cesar Peluso julga procedente a ação, ou seja, o Decreto 4.887/03 seria inconstitucional.

A análise da ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018) teve início em 18/04/2012, com o voto do Min. Cesar Peluso. Na sequência, seria proferido o voto da Min. Rosa Weber, sendo pedido vista. O processo foi devolvido com análise da ministra em 23/04/2012, mas somente foi colocado novamente para votação em 25/03/2015.

A construção argumentativa da **ministra Rosa Weber** inicia-se derrubando os preceitos elaborados pelo relator de que o Decreto 4.887/03 estaria, nas palavras

da ministra, operando como “invasão de esfera reservada a Lei”, ou seja, que ao emitir o Decreto 4.887/03 o Poder Executivo teria invadido a esfera reservada ao Poder Legislativo, o que não se sustentaria.

Desse modo, trazendo para o seu voto a defesa do artigo 68 do ADCT e apontando a importância do papel do Estado em reconhecer a propriedade sobre as terras ocupadas historicamente pelos remanescentes, ela fala:

Tenho por inequívoco tratar-se de norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário, dotada, portanto, de eficácia plena e aplicação imediata, e assim exercitável, o direito subjetivo nela assegurado, independentemente de integração legislativa. (BRASIL, 2018, p. 100).

Contemplando o que determina o artigo 68 do ADCT, a Min. Rosa Weber direciona sua análise associando o direito à propriedade nos termos do ADCT às formas de garantia do direito fundamental, como também à ordem para que o Estado pratique ato que torne real o direito fundamental requisitado e determinado pela Lei.

Na interpretação da ministra, o direito fundamental, quando parte do texto constitucional, não carece de autorização legislativa para ter seus efeitos postos, ela segue:

à norma constitucional definidora de direito fundamental não assenta incumbência ao legislador, ao contrário, desde já - promulgada a Constituição -, fixa limite à atuação legislativa, de tal modo que nenhuma Lei que venha a ser editada poderá frustrar ou restringir o exercício dos direitos nela - norma constitucional - afirmados, por absoluta incompatibilidade com a ordem de direitos estabelecida. Em virtude da precedência hierárquica da Constituição em relação à Lei, a norma definidora de direito fundamental limita a atuação do legislador infraconstitucional. (BRASIL, 2018, p. 101).

De qualquer forma, seja por legislação, seja por políticas públicas, o direito fundamental constitucional acarreta obrigação ao Estado. No entender de Rosa Weber, “em qualquer hipótese, é obrigação do Estado agir positivamente para alcançar o resultado pretendido pela Constituição, ora por medidas legislativas, ora por políticas e programas implementados pelo Executivo” (BRASIL, 2018, p. 105).

O Estado, então, mantém para si a responsabilidade de fazer valer e executar os direitos fundamentais. Segundo a Min. Rosa Weber, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando da análise da questão dos direitos fundamentais dos povos tradicionais da Nicarágua, em 2001, determina que:

O Estado demandado Nicarágua, deveria equipar o seu direito interno com mecanismos para efetivar a delimitação e a titulação da propriedade dos povos tradicionais em conformidade com seus costumes, fosse por medidas legislativas, fosse por medidas administrativas ou de qualquer outro caráter justamente por se tratar de direito fundamental (Convenção Americana de Direitos Humanos). (BRASIL, 2018, p. 20).

Partindo do entendimento do objetivo do legislador quanto ao artigo 68 do ADCT , e compreendendo a função do Estado, Rosa Weber caminha para uma reconstrução do conceito de *quilombos*⁴³, buscando fazer uma referência aos povos indígenas no que tange à semelhança pelos “traços étnico-culturais distintos, marcados por especial relacionamento sociocultural com a terra ocupada: nativizaram-se, incorporando-se ao ambiente territorial ocupado” (BRASIL, 2018, p. 109). De todo modo, a ministra Rosa fala que a marca dos quilombos é ato de resistência e inconformismo, ou seja, de luta por reconhecimento, luta essa que parte da organização social configurando-se como alternativa secular que vem desde o século XVII até os dias atuais, mas que, no entanto, só obteve seu reconhecimento com a constituição federal de 1988.

A questão do reconhecimento associa-se também às diversas terminologias do que é ser *quilombo*; para tanto, Weber traz no seu voto a definição dada pela antropologia: “toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura de subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado” (BRASIL, 2018, p. 113).

Assim, os remanescentes de quilombos e sua comunidade negra rural seriam portadores de **memória, ancestralidade e identidade**. A Min. Rosa Weber apresenta em seu voto o estudo de Eurípides Funes (1996) sobre a pesquisa de uma comunidade negra rural no oeste do Estado do Pará, cita:

[...] a memória constitui elemento de significativa importância à reconstituição do processo histórico. Nas comunidades remanescentes de mocambos⁴⁴ ela está mais viva entre os velhos, netos e bisnetos de mocambeiros, guardiões das histórias que seus antepassados lhes contavam. É a eles que se recorre, para ampliar os horizontes da pesquisa sobre essas organizações sociais. [...] depositários de uma memória que, mesmo narrada de forma individual, expressa lembranças coletivas. (BRASIL, 2018, p. 114)

⁴³ Conforme trechos do acórdão, o primeiro reconhecimento dos quilombos pela sua contribuição histórica e formação cultural foi somente após a CF de 1988.

⁴⁴ Em muitos lugares o mocambo assume a mesma conotação de quilombo.

Em termos de análise do que representa o quilombo e também a sua importância na construção da estrutura cultural para os afro-brasileiros, mesmo aqueles não remanescentes, há de se ressaltar o critério de *visibilidade* apontado por Rosa Weber: segundo sua análise, esse grupo viveu e esteve até a CF de 1988 às margens da sociedade, sujeito a um quadro de miséria e total destituição dos direitos fundamentais. Temos aqui, então, um marco temporal, ou mesmo um divisor ao advento da carta cidadã, pois insere-se no imaginário popular um ponto de exceção na nossa história, através de um olhar concreto de uma unidade territorial permeada de identidade étnico-cultural, e viva.

Seguindo na análise da Min. Rosa Weber no destaque ao reconhecimento de unidades quilombolas pela sua identidade étnico-cultural, aproximando a proteção da propriedade das terras indígenas, a ministra parte para uma discussão muito interessante de grande repercussão no campo acadêmico, que são as demandas por “redistribuição” e “reconhecimento”:

Na questão do reconhecimento da propriedade definitiva das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, convergem as dimensões da luta pelo reconhecimento - expressa no fator de determinação da identidade de grupo - e da demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo - compreendida no fator de medição e demarcação das terras. (BRASIL, 2018, p. 118).

Conforme aponta Min. Rosa Weber:

Da ótica de uma Constituição comprometida com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais, consoante o art. 3º, I e III, da Lei Maior, não se mostra, portanto adequado abordar a ‘questão quilombola’, sem atentar para a necessária conciliação entre ‘reconhecimento cultural e igualdade social de forma a que sustentem um ao outro, ao invés de se aniquilarem. Há de se reconhecer que se cuida de problemática na qual ‘a privação econômica e o despeito cultural se entrelaçam e sustentam simultaneamente’. (BRASIL, 2018, p. 119).

No campo do reconhecimento cultural, aproxima-se ao voto o entendimento da adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola. Da mesma forma que autoatribuição, os elementos de identificação, medição e demarcação da terra foram alvo de questionamento nos artigos 2º e 3º do decreto 4.887/03; contra isso, a ministra argumenta:

Lastreado na realidade do fenômeno social que descreve, o conceito de ocupação tradicional aproxima semanticamente a ocupação quilombola da ocupação indígena. A área ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos pode ser conceituada como correspondente 'às terras utilizadas por aquele grupo social para garantir sua sobrevivência, ou mais ainda, para assegurar a reprodução de seu modo de vida específico (BRASIL, 2018, p. 127).

Caminhando para o final do seu voto, a questão da desapropriação volta ao centro do debate. Na visão da ministra, contrariando o argumento da requerente da ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018) e no que tange ao imbróglio sobre a demarcação em termos de função social das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades quilombolas, deveria seguir o que determina o texto constitucional, ou seja, as terras ocupadas assumem, pela interpretação de Rosa Weber, uma finalidade pública que se correlaciona à garantia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, à luz do que trata o artigo 68 da ADCT em consonância ao artigo 216 parágrafo 1º da CF, torna-se possível a desapropriação para manutenção do patrimônio cultural brasileiro. Portanto, feita a apresentação dos argumentos e toda a interpretação teórica constante no voto, a ministra Rosa Weber julga improcedente a ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018).

Na sequência da análise do caso em questão, o **ministro Dias Toffoli** pede vista do processo em 25/03/2015, devolvendo os autos para julgamento em 01/07/2015. Somente em 09/11/2017 o processo retoma o julgamento; dessa forma, continuamos na interpretação do referido voto.

De forma introdutória, o ministro Toffoli conceitua consagrando as mudanças advindas da CF de 1988 e, principalmente por conta de seu artigo 68 do ADCT, deixa claro também que face ao processo democrático instaurou-se uma constituinte que permitiu a participação de grupos da sociedade civil, exemplo o movimento negro, que de certa forma foi figura central na elaboração dos termos do artigo 68 da ADCT e, por consequência, de outras mudanças infraconstitucionais posteriores.

Toffoli procura integrar em sua análise elementos já apresentados neste trabalho por outros ministros, que sejam: preceito constitucional como reparação histórica, reconhecimento dos direitos dos descendentes das comunidades, proteção das manifestações culturais afro-brasileiras, reconhecimento de todo e qualquer

elemento histórico dos antigos quilombos e da raça negra como patrimônio cultural brasileiro.

De todo modo, embora haja compreensível sensibilidade a questões históricas, sociais e culturais dos quilombolas, face à ação direta de inconstitucionalidade, Toffoli retoma as questões já postas por outros ministros que suscitam questionamentos: “Quem seria o beneficiado pela norma? Quem são os remanescentes das comunidades quilombolas? Quais os critérios para sua identificação? Quais terras são objetos de titulação? Essas terras já deveriam estar ocupadas?” (BRASIL, 2018, p. 149).

Como forma de pensar essas questões, o ministro traz entre seus argumentos documentos que buscaram legitimar e organizar o debate em relação à questão das terras dos remanescentes quilombolas contidos no artigo 68 da ADCT, como exemplo as mudanças no Decreto 3912/01 para o Decreto 4.887/03. Torna-se importante ressaltar que não foi uma simples alteração, mas, sim, uma mudança no entendimento do significado de “quilombo”, pois:

Nessa concepção, as comunidades remanescentes de quilombos constituem grupos étnicos que compartilham certa identidade baseada numa ancestralidade comum, em manifestações culturais com forte vínculo com o passado, em relações organizacionais próprias e em formas específicas de relacionamento com a terra. (BRASIL, 2018, p. 159).

Essa abrangência interpretativa interliga-se tanto com a participação de especialistas (ABA) como também por grande pressão do movimento negro. Outro documento que impactou e norteou essas mudanças, já com um olhar latino-americano das questões dos afro-latino-americanos, é a Convenção n. 169 da OIT, já amplamente citada neste trabalho.

Um ponto que suscitou debate e alimentou o questionamento no Supremo Tribunal Federal foi a questão da autodefinição, ou melhor, o que consta no Decreto 4.887/03 como “critério de autoatribuição”. Sobre esse assunto, Toffoli entende que é um direito dos próprios membros do grupo se reconhecerem e se identificarem como pertencentes a determinado grupo étnico.

A compreensão da sua história, do seu grupo, dos elementos sutis a que eles estão diretamente ligados, são fundamentais para o processo de construção da sua identidade, de tal modo que isso só opera no campo da autoidentificação, ninguém

poder falar como sujeito “*você é negro e quilombola*”; ele tem que falar “*eu sou negro e quilombola*”.

Se não bastasse a discussão sobre o processo de autoidentificação, a divergência interpretativa do texto constitucional com o Decreto 4.887/03, segundo Min. Toffoli, tornou a questão dos direitos fundamentais dos remanescentes mais complexa. A primeira questão está na aproximação e no distanciamento do processo legal das terras indígenas e das terras quilombolas no que tange à concessão de titularidade da terra ou apenas o domínio sobre ela.

O Min. Toffoli defende que a Constituição Federal conferiu aos indígenas o caráter de posse permanente da terra conforme artigo 231, parágrafos 1º e 2º, diferentemente dos quilombolas pelo que consta no artigo 68 da ADCT a propriedade definitiva, desde que seja respeitado o marco temporal de estar ocupando a terra até a promulgação da CF em 05/10/1988. Nesse ponto, se não bastasse a interpretação, há também a compreensão do limite de alcance desses direitos fundamentais, diferentemente dos direitos fundamentais dos indígenas, quando levada em consideração a questão da terra.

Por certo, o alcance das terras abrangidas pelo direito de propriedade reconhecido pelo art. 68 do ADCT não pode decorrer de extensão legal ou mesmo de aplicação analógica dos critérios utilizados pela Constituição Federal para as terras indígenas, dependendo, sim, a teor do texto constitucional, do reconhecimento da comunidade como “remanescente de quilombo” e da identificação das áreas por ela ocupadas na data da promulgação da Constituição (BRASIL, 2018, p. 169).

De modo conceitual, Toffoli é categórico em afirmar que nem o artigo 68 do ADCT e nem o decreto 4.887/03 ampliam o direito à terra a outros afrodescendentes, pois “somente devem ser titularizadas as áreas que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, inclusive as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social econômica e cultural” (BRASIL, 2018, p. 171).

Com a compreensão do resgate histórico, como também de sua defesa dos direitos fundamentais dos povos indígenas e quilombolas ao longo dos séculos, o ministro Dias Toffoli conclui sua análise julgando parcialmente procedente a ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018), pois, em seu entendimento, o art. 68 do ADCT diz que somente devem ser titularizadas as áreas ocupadas por remanescentes quilombolas até a

promulgação da Constituição de 1988, ou seja, 05 de outubro de 1988, posteriormente a isso, deveria haver documento de comprovação.

Na construção inicial do seu voto-vista, em 08/02/2018, o **ministro Edson Fachin** alude à questão quilombola dentro do ordenamento jurídico. De forma clara, ele apresenta as barreiras políticas, sociais e culturais aos negros impostas e as lutas para sobrepor essas barreiras.

Na visão do ministro, um dos aspectos dessa luta está na busca permanente por parte desses grupos por direitos que os emancipem, e isso passaria diretamente pela luta pela terra. Para ele, o art. 68 do ADCT foi uma vitória contra o evidente racismo corporificado na sociedade. Até a edição do artigo, os remanescentes das comunidades quilombolas eram considerados invasores de terras, não tinham nenhuma segurança jurídica; com o advento da norma constitucional eles assumem de fato o caráter de proprietários de terras e detentores de direitos.

Um dos pontos questionados pelo DEM na ADI está na alegação da violação da Lei pelo Decreto 4.887/03, no que tange à regulamentação da terra quilombola. Na visão do ministro Fachin, a questão da regulamentação ampara-se amplamente no artigo 68 do ADCT ao destacar claramente os elementos que consagram a norma, que sejam: *o titular* (os remanescentes das comunidades dos quilombos), *o objeto* (as terras por eles ocupadas), *o conteúdo* (o direito de propriedade), *a condição* (ocupação tradicional), *o sujeito passivo* (o Estado) e a *obrigação específica* (emissão de títulos) (BRASIL, 2018, p. 196).

A junção de todos esses elementos configura o direito fundamental, ou seja, a sua existência no texto constitucional basta-se por si só, e apoia-se no caráter administrativo exposto no Decreto 4.887/03, como também na Convenção 169 da OIT e no Estatuto da Igualdade Racial:

Portanto, a Constituição Federal, em seu artigo 68 do ADCT, em conjunto com as disposições da Convenção 169 da OIT, do Estatuto da Igualdade Racial consubstanciado na Lei n. 12.288/2010 (que, inclusive, em seu art. 31 repete a previsão constitucional) e do Decreto n° 4.887/2003, formam o arcabouço jurídico de tutela dos direitos de propriedade das comunidades quilombolas, formando verdadeiro sistema protetivo a garantir as possibilidades de exercício da cidadania por esse segmento social que, dadas as condições acima narradas, ainda se encontra distante do gozo dos mais básicos direitos inerentes à condição de cidadãos brasileiros. (BRASIL, 2018, p. 198).

Outro ponto que suscita discussão é a questão da desapropriação da terra. Segundo Fachin (BRASIL, 2018), o que está em questão aqui não é a retirada de ninguém da terra injustamente, mas a compreensão da propriedade quilombola como direito fundamental, ou seja, permitir aos quilombolas o direito de desenvolver sua vida, seus costumes e tradições.

Nesse contexto, torna-se evidente aproximar duas questões importantes desenvolvidas pelo magistrado: correlacionar a questão territorial específica com a identidade quilombola. A ampliação do entendimento dada pelo ministro vislumbra o fortalecimento do grupo enquanto comunidade viva, pois a continuidade da vivência histórica e cultural dos quilombolas estende-se aos seus remanescentes; ele cita Edison Vitorelli para explicar a relação entre *ancestralidade e identidade quilombola*:

O que se observa é que o elemento identitário quilombola se centra eminentemente na autoafirmação. É esse dado, que é interno à comunidade, que será a pedra angular para a definição de um grupo quilombola enquanto tal. Os elementos externos, que apenas complementam a definição, é que vêm roubando a cena das discussões jurídicas. É significativo, nesse sentido, que, quando trata da preservação da história, a Constituição utilize a expressão antigos quilombos, enquanto, ao tratar da proteção dos quilombolas, utilize o termo remanescentes das comunidades dos quilombos. As comunidades quilombolas são algo vivo, e não a simples reminiscência dos antigos quilombolas. (BRASIL, 2018, p. 208).

A relação da terra com a comunidade, com a preservação da cultura e a identidade constitui a base da existência e resistência quilombola, por isso, a discussão travada no processo sobre os critérios de autoidentificação foram alvo de interpretações diferentes.

O desenho argumentativo e descritivo retirado do voto do ministro Edson Fachin remete-se integralmente à valorização da norma constitucional como ente garantidor dos direitos fundamentais dos quilombolas.

Tal é o fato demonstrado em sua afirmação:

É inegável a relação entre a aquisição da propriedade das terras e a inclusão desses grupos nas políticas públicas de saúde, educação, incentivo à produção agrícola, pois antes, aos olhos do Direito então vigente, os remanescentes das comunidades quilombolas nada mais eram que invasores de terras, sem nenhuma garantia jurídica (BRASIL, 2018, p. 216).

Desse modo, o ministro Edson Fachin declara a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

O **ministro Luiz Roberto Barroso** é o quinto magistrado a votar na ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018). De forma sucinta e objetiva, ele apresenta seus argumentos acompanhando o voto dos ministros que o antecederam (ministra Rosa Weber, ministro Dias Toffoli e ministro Edson Fachin), e discordando do voto do relator ministro Cesar Peluso.

Na visão do ministro, “o decreto claramente disciplina, concretiza, um direito fundamental previsto no artigo 68 da CF, e por ser direito fundamental, tem aplicabilidade direta e imediata, de modo que o decreto apenas concretiza a CF” (BRASIL, 2018, p. 219), e isso faz com que as questões do critério da autodefinição e a garantia da propriedade quilombola, bem como o reconhecimento dos direitos de propriedade das comunidades quilombolas, a posse e propriedade da terra das comunidades remanescentes dos quilombos consolidem-se pela instrumentalidade do texto constitucional e regulamentem-se pelo Decreto 4.887/03.

Os mecanismos inerentes ao artigo 68 da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) apregoam-se em outras normas infraconstitucionais, que, nas palavras do ministro Barroso, venham somar em outros temas relativos aos direitos fundamentais dos remanescentes dos quilombolas, exemplo: Convenção 169 da OIT, Lei 7668/88, Lei 9649/98 e Convenção Americana de Direitos Humanos. Os documentos, cada um em sua medida, buscaram confluir junto aos Estados latino-americanos no debate, na construção de políticas públicas e garantia dos direitos fundamentais principalmente para os povos indígenas e afro-latino-americanos, ou seja, “o direito que abrange a pretensão ao reconhecimento da propriedade comunal de populações indígenas e étnicas, na extensão necessária à preservação de sua cultura e seu ‘modus vivendi’” (BRASIL, 2018, p. 234).

A preservação da cultura associa-se ao critério da autodefinição que, segundo Barroso, estaria muito bem definido nos artigos 215⁴⁵ e 216⁴⁶ da CF (BRASIL, 1988); dessa forma:

⁴⁵ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. [...]. (BRASIL, 1988).

⁴⁶ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos

Não é possível proteger uma cultura - suas formas de expressão, seu modo de criar, fazer e viver, suas manifestações artísticas - exclusivamente a partir da compreensão de membros que lhes são externos. Para compreender os elementos que a compõem, seu alcance e suas particularidades, é preciso levar em consideração a compreensão que dela tem quem a integra. Qualquer outra abordagem legitimaria uma visão etnocêntrica do modo de viver dos povos tradicionais e promoveria, em verdade, a sujeição de sua cultura aos valores e às concepções dominantes, sua homogeneização e integracionismo, comprometendo o pluralismo e a própria diversidade que a Constituição pretendeu assegurar. (BRASIL, 2018, p. 238)

Se por um lado a autodefinição estava bem amparada, por outro o critério da delimitação da propriedade quilombola suscitava inquietações. Na interpretação dos requerentes da ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018), deveriam ser somente reconhecidas em favor dos quilombolas as áreas ocupadas durante o Império, antes de 1888 e até a promulgação da CF de 1988. Esse ponto gerou grandes divergências com relação aos argumentos construídos pela parte proponente da ação.

A visão do ministro Barroso está no chamamento de mecanismos constitucionais e infraconstitucionais para o direito da propriedade dos quilombolas, fugindo em qualquer interpretação de um marco temporal, até porque o que se está sendo discutido aqui são direitos culturais, direitos esses que se constroem e ao longo do tempo integram não somente quem estava antes de 1888 ou até 1988.

O olhar que construímos pelos argumentos do ministro é o cuidado em atribuir à existência do território e ao uso da terra pelos remanescentes quilombolas a sua existência enquanto sujeitos, reafirmando que o art. 68 do ADCT é autoaplicável, o critério da autoatribuição deve ser reconhecido como instrumento de validade. Assim, o ministro Roberto Barroso julga improcedente a ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018).

Dando prosseguimento na análise da ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018), seguimos na interpretação do voto do **ministro Ricardo Lewandowski**. A princípio, por tratar-se de um dos votos mais curtos, conseguimos compreender facilmente qual a resposta que o referido ministro daria ao final do seu voto, pela não aceitação da ação.

diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. [...]. (BRASIL, 1988).

No que tange às questões relativas à autoatribuição e delimitação das terras, o ministro é categórico em discordar do autor da ação, pois tratando-se da autoatribuição, embora permeada por outros critérios que corroboram na caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos, outros fatores devem ser observados como a territorialidade e a identidade coletiva. No entendimento de Lewandowski, o critério da autoatribuição funcionaria como forma de combate às interpretações exógenas com viés etnocêntrico a fim de descaracterizar a identidade étnica ou cultural desse grupo.

A questão da terra aparece no centro do debate e, como exploramos nos outros votos, torna-se um paralelo interpretativo, pois o olhar que os ministros têm sobre esse tema impacta diretamente na sobrevivência dos grupos remanescentes quilombolas, como também pode impactar, mesmo que indiretamente, em outras políticas públicas dos afro-brasileiros.

Dessa forma, a aproximação da propriedade definitiva da terra pelos quilombolas estaria assegurada pelos direitos fundamentais, direitos esses garantidos na forma constitucional pelo artigo 68 da ADCT e pelos artigos 215 e 216 da CF.

Fazendo referência a Daniel Sarmiento, que foi citado entre os argumentos da PGR, o ministro Lewandowski caracteriza que o direito fundamental aqui exposto só se mantém pela compreensão da ligação com a terra como forma de manter viva a identidade cultural do grupo, ou seja:

[...] Para as comunidades tradicionais, a terra possui um significado completamente diferente da que ela apresenta para a cultura ocidental de massas. Não se trata apenas de moradia, que pode ser trocada pelo indivíduo sem maiores traumas, mas sim do elo que mantém a união do grupo, e que permite a sua continuidade no tempo através de sucessivas gerações, possibilitando a preservação da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida da comunidade étnica. Privado da terra, o grupo tende a se dispersar e a desaparecer, absorvido pela sociedade envolvente. Portanto, não é só a terra que se perde, pois, a identidade coletiva também periga sucumbir. Dessa forma, não é exagero afirmar que quando se retira a terra de uma comunidade quilombola, não se está apenas violando o direito à moradia de seus membros. Muito mais que isso, se atenta contra a própria identidade étnica destas pessoas. Daí porque o direito à terra dos remanescentes de quilombo é também um direito fundamental cultural. (BRASIL, 2012, p. 242)

De todo modo, o Decreto é a parte do Estado que assume a responsabilidade perante a sociedade e os remanescentes quilombolas da execução administrativa da ordem constitucional.

A impugnação do Decreto, em alguma parte, seria a impugnação da responsabilidade do Estado com as minorias, como também a limitação do acesso aos direitos fundamentais. Assim, o ministro afirma “em um Estado Democrático de Direito exige-se mais do que a simples concretização dos interesses da maioria. É preciso respeitar também os direitos fundamentais de todos, componham eles a maioria ou não” (BRASIL, 2018, p. 260). Dessa forma, o ministro Ricardo Lewandowski confere a total efetividade do Decreto 4.887/03, assim, como já descrito acima, ele julga improcedente a ação.

De forma objetiva, o **ministro Luiz Fux** desenvolve seu voto buscando fundamentar suas ideias na concepção moderna de direitos fundamentais relativos ao objeto questionado, o Decreto 4.887/03.

O princípio básico, segundo ele, é a compreensão de que o decreto não teria nenhum vício de ilegalidade, contrariando a parte executora da ação, pois o objetivo claro do decreto foi regulamentar diretamente o artigo 68 da ADCT. Nesse ponto, ele chama atenção para as normas constitucionais, que em seu contexto configurariam apenas sobre a coisa política, mas, com inserção nos textos constitucionais de princípios que norteiam os direitos fundamentais, recai sobre a Constituição o exercício do agir administrativo, assim:

A razão disso é simples: se a Administração deverá aplicar imediatamente a Constituição aos casos concretos com que se deparar, independentemente de intermediação legislativa, é evidente que poderá editar atos normativos que orientem e disciplinem essa aplicação, conferindo segurança e previsibilidade à sua atuação, bem como assegurando uniformidade de tratamento aos terceiros com que se relacionar (BRASIL, 2018, p. 292).

Nesse sentido, o ministro afirma que “o constituinte de 1988 foi peremptório e categórico ao assegurar, de imediato, o direito à terra titularizado pelas comunidades remanescentes dos quilombos” (BRASIL, 2018, p. 295). Ele observa que feita a Lei, e esta sendo clara, não há razão para um retorno ao tema pelo legislativo, bastando quando preciso ação administrativa, o Decreto, pelo sujeito passivo (o Estado) mediante um sujeito ativo (remanescentes), cujo objeto maior é a terra.

Através do desenho dos argumentos, compreendemos pela análise do voto do ministro que a terra é o direito fundamental consubstanciado, extrapolando um viés puramente econômico de propriedade, ou seja:

Mais além: para comunidades tradicionais, a terra possui um significado completamente peculiar, insuscetível de reduzir-se às ordinárias feições de mercadoria dotada de valor econômico. A terra é o elemento de unidade e coesão do grupo, que permite sua continuidade e preservação no tempo, através de sucessivas gerações, possibilitando a manutenção da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida da comunidade étnica. A terra integra a própria identidade coletiva do grupo e é indispensável para sua perpetuação (ALMEIDA, 2002, p. 43 apud BRASIL, 2018, p. 296).

Se por um lado o documento constitucional pelo artigo 68 da ADCT torna-se a base legal para a defesa dos direitos fundamentais, tendo em suas linhas medidas reparatórias da injustiça e opressão histórica sofrida pelas comunidades quilombolas, por outro nos obriga a pensar com profundidade a relação entre justiça e identidade, e como isso foi se desenhando ao longo do século XX no Brasil e no mundo.

No que concerne à justiça, está no exame dos documentos legais os quais as nações constroem e dos quais fazem parte, como exemplo a convenção 169 da OIT, como também o próprio decreto 4.887, o artigo 68 da ADCT e os artigos 215 e 216 da CF.

Agora, a identidade está na luta diária dos remanescentes quilombolas pela garantia dos direitos fundamentais. A ação legislativa é importante, com certeza, mas por vezes é recheada de vícios, dessa forma, conforme explica o ministro Fux: “os direitos fundamentais não podem ser prisioneiros do legislador ordinário, vigorando ao sabor das maiorias ocasionais, sob pena de frustrar lhes o inerente papel emancipatório nas democracias constitucionais” (BRASIL, 2018, p. 298).

Outro elemento que contempla o conjunto das contradições e foi muito bem apresentado por quase todos os ministros está na discussão sobre autoatribuição como um dos critérios fundamentais para determinar a identidade étnico-cultural dos sujeitos. Nos argumentos do Min. Fux, contrariando o proponente da ADI, a declaração de autoatribuição sugere a total liberdade à luz do que determina o texto constitucional e outros documentos normativos (Decreto 4.887/03, Portaria FCP n. 98/07, Convenção n. 169 da OIT) como um dos parâmetros de definição das comunidades quilombolas.

Como forma de arregimentar os elementos anteriormente apresentados, o ministro Fux parte para a análise final expondo critérios contestados pelo partido, como o direito à propriedade e também o marco temporal desse direito.

O Min. Fux argumenta que “o direito à propriedade titularizado pelos remanescentes de comunidades quilombolas foi reconhecido pelo constituinte, sem limitações temporais” (BRASIL, 2018, p. 315); portanto, tanto esse como outros elementos constitutivos do Decreto 4.887/03 apenas vêm a ressaltar a importância dada pela efetividade da Constituição brasileira de 1988 à causa dos remanescentes quilombolas, e, no conjunto de seus argumentos, o ministro encaminha seu voto pela improcedência da ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018).

Tendo como campo interpretativo o decreto 4.887/03 e o seu objeto de questionamento, a ação direta de inconstitucionalidade, o **ministro Celso de Melo** busca desenvolver seu argumento em primeiro lugar exaltando o voto da ministra Rosa Weber, principalmente na interpretação dela, divergente do ministro Cesar Peluso, sobre o critério da autoatribuição da própria comunidade dos remanescentes quilombolas; nesse sentido, ele explica:

Essas comunidades têm igual direito de postular reconhecimento e reivindicar ancestralidade, os quais se transmudam na possibilidade de se autodeterminar e de se ver igualmente reconhecido como inerente ao processo de exclusão resultante da ausência de políticas públicas pertinentes à abolição do regime escravocrata no Brasil, o qual, repita-se, foi o último País das Américas a expurgar essa prática desumana. (BRASIL, 2018, p. 344).

Para Celso de Melo, a lógica da autoatribuição constitui-se com a associação direta entre a identidade e a memória negra, que compreende não somente os negros remanescentes, mas, também, mesmo que de forma sutil, a todos os negros brasileiros. Dessa forma, a valorização desse critério da autodeterminação, ou autoconhecimento, funciona como resistência ao racismo institucional, que persiste em manter-se inserido na dinâmica social dos afrodescendentes.

Na sequência, Celso de Melo mostra-se receptivo ao critério da autoaplicabilidade da norma constitucional oriunda do artigo 68 da ADCT como verdadeiro direito fundamental, direito esse que se define na aplicabilidade da Lei, ou seja, a função do decreto, na visão do ministro, é normatizar procedimentos já bem definidos na CF, isso implica a defesa do Decreto 4.887/03, principalmente no seus

artigos 2º e 3º que tratam da identificação e demarcação das terras ocupadas pelos remanescentes da comunidades.

Portanto, tendo como parâmetro os documentos legais anteriores e posteriores à CF/88, vislumbra-se na consciência do ministro Celso de Melo pela recusa por completo da ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018).

Os votos dos **ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio** foram uma espécie de resumo dos argumentos dos outros ministros. O ministro Gilmar Mendes segue o voto na íntegra do ministro Dias Toffoli, ele diverge da interpretação dada pelo ministro Luís Roberto Barroso sobre os direitos fundamentais. Para ele, os direitos fundamentais, em grande medida, existem pela ação direta do poder legislativo, enquanto que na visão do ministro Barroso, o novo constitucionalismo permite pensar ações que extrapolam o poder legislativo quando de cunho geral e podem ser propostas pelo executivo sem aval direto do legislativo. De outro modo, o ministro Marco Aurélio refuta todos os argumentos do partido contra o Decreto 4.887, encaminhando seu voto para sua improcedência.

CAPÍTULO 4: Os casos da Corte Constitucional Colombiana - CCC

4.1. A seleção dos casos

Como forma de organizar a coleta de dados desta parte do trabalho sobre a Colômbia, utilizamos o *site* da Corte Constitucional. O modelo de busca por palavras-chaves retornou muitas ações, a maioria delas contempladas com os termos: cotas raciais; comunidades negras; cidadania negra; identidade; religião; afrodescendente; afrocolombianos; território; *raizales*; *cismarrones* e palenqueros.

Do universo das ações que retornaram após a consulta, mesmo aquelas que tinham uma ligação indireta com os termos, oito ações apresentavam questionamentos relacionados a gênero, saúde pública, direitos fundiários, exploração de recursos naturais e participação política. Embora algumas mantivessem ligação com os afro-colombianos, não apresentavam fortemente elementos para confrontação e análise tendo como olhar o viés teórico que estamos seguindo neste trabalho, ou seja, questões ligadas à luta por reconhecimento e ao uso do direito como processo de construção emancipatória.

4.2. Os casos da Corte Constitucional Colombiana

Partindo para esse campo de análise, conseguimos catalogar em torno de dez ações cujos temas se aproximavam, ou seja, abordavam questões de território ligadas à comunidade negra, diversidade cultural e identitária dos negros e indígenas, crédito educativo, ações afirmativas, formas de exploração do território dos remanescentes e retirada da população negra de seu território.

Quadro 5 - Lista de processos pesquisados - CCC

Ação	Ano	Relator	Requerido	Requerente	Dispositivo legal questionado
T-422	1996	Eduardo Munõz	Departamento Administrativo do Serviço Educativo Distrital de Santa Marta	Associação <i>Cimarron</i>	Participação da população negra do Distrito de Santa Marta junto à Junta Distrital de Educação.
T-955	2003	Álvaro Tafur Galvis	Ministério do Meio Ambiente	Conselho Comunitário do Rio Cacarica	Direito dos membros das Comunidades Negras da Bacia do Rio Cacarica em decidir sobre a exploração em sua propriedade.
A-005	2009	Manuel José Cepeda Espinosa	Ministério do Interior, Ministério da Justiça e Ministério da Defesa	Organizações e líderes de comunidades afrodescendentes deslocadas	Tratamento diferencial e políticas públicas à população afro-colombiana retirada do seu território.
T-376	2012	Maria Victoria Calle Correa	Direção Marítima da Capitania dos Portos do Distrito Turístico e Cultural de Cartagena	Conselhos Comunitários de Boquilla e Cartagena	Direito à consulta prévia para o uso do seu território para fins comerciais.
T-576	2014	Luís Ernesto Vargas Silva	Ministério do Interior	Conselhos Comunitários de Comunidades Negras e representantes das filiais de Santo André, Providência e Santa Catarina	Direitos fundamentais, igualdade, participação política e consulta prévia.

T-414	2015	Luís Guillermo Guerreiro	Ministério do Interior, Ministério da Justiça	Comunidade Curbaradó	Direito à proteção especial às Comunidades Negras, a questão do território.
T-680	2016	Jorge Iván Palacio Palacio	Universidade Industrial de Santander	Andrés Eduardo Guevara Terranova	Medidas afirmativas para as Comunidades Negras no ensino superior.
C-666	2016	Gloria Stella Ortiz (Delgado)	Ministério do Interior, Ministério da Educação e Instituto Colombiano de Educação	Peter William Cortés Mosquera	Proteção dos direitos fundamentais dos professores das Comunidades Negras

Fonte: produção do próprio autor com base na CCC

Após todo esse processo de seleção e aproximação com a temática principal da pesquisa, identificamos para estudo em profundidade os casos **T-680/16** (COLÔMBIA, 2016) e **T-576/14** (COLÔMBIA, 2014). O caso T-576/14 tem como ideia central a luta por reconhecimento da cultura, história e identidade dos afro-colombianos dentro de um contexto de garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais - DESCs. Já o caso T-680/16 se apresenta como um caso que aborda elementos das garantias individuais e coletivas da população negra no ensino superior pelo objeto das ações afirmativas.

4.2.1. O caso T-576/14 (COLÔMBIA, 2014)

4.2.1.1. A ação judicial

A **ação T-576/14** (COLÔMBIA, 2014), que teve sua origem em primeira instância junto à Câmara Jurisdicional Disciplinar do Conselho Seccional do Judiciário de Bolívar em 02 de março de 2012, envolve discussão sobre reconhecimento de

direitos coletivos e questionamentos de ações que impunham exclusão e discriminação à população afro-colombiana residente em áreas urbanas.

O objeto central da ação movida pelas associações e conselhos comunitários (Jorge Artel, Amanzaguapo, San Cristóbal, Paraíso, Ilhas do Rósario Suárez, Hormiguero, Hoyo e a do Caribe) contra o Estado, mais especificamente o Ministério do Interior, buscou questionar os efeitos da resolução 121 de 2012, emitida pelo Ministério do Interior, que, segundo o peticionário da ação, Moisés Pérez Casseres, viu-se violado o direito à representação legal pelo órgão estatal à participação das comunidades e conselhos citados nos processos de titularidade de terra. O motivo alegado pelo Ministério do Interior foi que as comunidades e conselhos em questão não tinham credenciamentos de um título coletivo, título esse dado somente às comunidades negras rurais e do Pacífico.

Segundo o requerente, haveria aqui um ato de discriminação da população afro-colombiana residente em áreas urbanas, não sendo respeitada uma característica histórica dessas comunidades, e que, no entanto, também não possuíam um território concedido pelo Estado, sendo em grande parte grupos que passaram pelo processo de deslocamento forçado.

O grande debate que surgiu nesse processo está na valorização de forma igualitária da tradição cultural também dos afro-colombianos residentes das áreas urbanas, que não têm o título coletivo para fato de determinação da identidade cultural.

Em termos informacionais, mas que compreendem a dinâmica racial na Colômbia, uma divisão proposta pelo governo, mais especificamente para o censo 2018, dividiu a população negra em quatro grupos: **os negros, os afro-colombianos, os palenques** (associados às comunidades de remanescentes de quilombos do Brasil) **e os raizales** (comunidades anglo-africanas de habitantes dos arquipélagos de San Andrés, Providencia e Santa Catalina que possuem um idioma próprio resultante da mistura do inglês, crioulo e castelhano).

Sendo parte do Estado, e responsável direto pela organização e reconhecimento dos conselhos comunitários, citamos abaixo a defesa que o referido órgão fez ao juizado de primeira instância:

El Ministerio definió a los consejos comunitarios de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras como 'una nueva forma de autoridad en proceso de construcción que está fundada sobre la identidad étnica y la apropiación colectiva de un territorio titulado' 2, e indicó que el concepto de comunidad negra está ligado a

la existencia de un asentamiento rural, de acuerdo con varias disposiciones de la Ley 70 de 1993: el artículo 1°, que se propone proteger el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras que habitan las zonas rurales ribereñas del Pacífico³; el 4°, que compromete al Estado a adjudicar la propiedad colectiva de esas tierras⁴, y el 5°, que supedita la posibilidad de recibir tierras adjudicables a que la comunidad negra haya formado un consejo comunitario como forma de administración interna. Para la entidad, esas disposiciones justificaban que la Resolución 121 del 2012 se hubiera referido, solamente, a los consejos comunitarios con título colectivo, sobre todo, teniendo en cuenta que la Constitución, la Ley 70 de 1993 y sus decretos reglamentarios vinculaban la existencia de las comunidades negras al elemento del asentamiento rural. (COLÔMBIA, 2014).

Portanto, a posição do Estado em negar representação à Comunidade requerente se deu pelo fato de que, segundo a legislação referenciada, a preservação dos direitos das comunidades negras estaria ligada à existência de um título coletivo da terra, fundamental para a existência legal de um conselho comunitário.

4.2.1.2. A decisão da Corte

No que tange ao objeto da ação de tutela T-576/14 (COLÔMBIA, 2014), questionada junto à CCC, e ao desenrolar da questão prioritária sobre os mecanismos da titulação coletiva das terras, e em consonância ao que apresentamos quando da análise da ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018), do STF, chama-nos atenção a existência do Instituto Colombiano de Desenvolvimento Rural -Inconder -, responsável pelo processo de titulação de Terras das Comunidades Negras, que muito assemelha-se ao Incra e à Fundação Cultural Palmares no Brasil. Segundo informações que constam no processo, o trabalho de titulação deve seguir o que determina o decreto 1745 de 1995, que regulamenta o capítulo III da Lei n. 70 de 1993:

Para iniciar el trámite de titulación colectiva de Tierras de las Comunidades Negras, la comunidad debe presentar por escrito la solicitud respectiva ante el Inconder sede central, a través de su representante legal, previa autorización de la Asamblea General del Consejo Comunitario, anexando una copia del acta de elección de la Junta del Consejo Comunitario con la constancia de registro del alcalde respectivo, del acta donde se autoriza al representante legal para presentar dicha solicitud y del informe del Consejo Comunitario, que debe contener la descripción física del territorio que se solicita en titulación, sus antecedentes etnohistóricos, su organización social, una descripción demográfica de la comunidad, indicar la tenencia de la tierra dentro del área solicitada, las situaciones de conflicto y las

prácticas tradicionales de producción, en los términos exigidos por el artículo 20 del Decreto 1745 de 1995. (COLÔMBIA, 2014).

Outro ponto que aparece no contexto da discussão sobre a titulação das terras está na briga por reconhecimento dos afro-colombianos não detentores de direitos étnicos. Como já explicado, o critério de ter acesso à titularidade da terra remete a fazer parte dos Conselhos Comunitários que são os representantes legais das comunidades negras em áreas rurais e estão amparados pela normatividade e jurisprudência dos direitos étnicos.

Dessa forma, diferentemente da análise feita pelo STF na ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018), a CCC determinou ao Estado e seus entes administrativos a expansão dos direitos étnicos a todos os afro-colombianos, principalmente os negros moradores de áreas urbanas e descolados agrupados em organizações populares, ou seja:

Por último, le solicitó al viceministro estudiar la posibilidad de presentar una ley para la población afrocolombiana que, por no tener las características de las comunidades negras de la Ley 70 de 1993, no son sujetos de derechos étnicos, pero requieren de una legislación especial, en su condición de población vulnerable. (COLÔMBIA, 2014).

Embora os grupos étnicos afro-colombianos tenham amparo legal e um padrão de normatividade deferido pelo Estado, a discussão que se amplia nessa ação de tutela está na descaracterização por parte do Estado de alguns afro-colombianos como não pertencentes às comunidades de negros, e estas não estariam vinculadas aos conselhos comunitários por um critério burocrático.

Nas entrelinhas, quanto menor o número de beneficiados por essas políticas de reconhecimento, menor será o trabalho do Estado no cuidado com seus sujeitos, e maior será o uso dessas terras como forma de exploração.

Em 16 de agosto de 2012, o Ministro relator da ação, no que tange ao impacto da Resolução 121 de 2012 aos afro-colombianos, resolve por suspender o documento e convida diferentes instituições da sociedade civil e do Estado a fim de contribuir na análise dos elementos técnicos que compõem a ação de tutela.

Ao apresentar seus argumentos, o Ministério do Interior afirma que os conselhos comunitários das comunidades negras, afro-colombianas, raizales e palenqueras funcionariam como uma nova forma de autoridade no processo de

construção, baseado fortemente na identidade étnica e apropriação coletiva do território titulado. Segundo o Ministério do Interior, o conceito de comunidade negra estaria vinculado à existência de um assentamento rural, que, segundo o Ministério, seria o que dispõe a Lei n. 70 de 1993. Desse modo, a existência e reconhecimento das comunidades negras seriam somente aquelas vinculadas à parte rural, assim, a Resolução 121 não estaria errada.

O Instituto Colombiano de Desenvolvimento Rural (INCODER), órgão responsável pelo recebimento da autorização para participação prévia na Assembleia Geral do Conselho da Comunidade, informa que para efetuar o registro do processo de titulação coletiva de Terras faz-se necessário um pedido por escrito, do representante legal que tenha a autorização prévia da Assembleia Geral da Comunidade. De posse desse documento o INCODER inicia os trâmites para concessão do título coletivo à comunidade negra correspondente.

A Procuradoria Geral da República critica a forma como o processo foi elaborado pelo Ministério do Interior, sendo um ato administrativo unilateral, sem um processo de consulta aos afetados pela decisão, ou seja, as comunidades negras. A Ouvidoria entende que o reconhecimento de direitos especiais seria reservado às comunidades negras de acordo com as suas características e exigências específicas como grupos étnicos. O Observatório de Discriminação Racial (ODR), que entre seus argumentos aponta a raiz discriminatória da resolução, pois, demonstra total desconsideração ao histórico de vulnerabilidade e marginalização ao qual as comunidades afro-colombianas são submetidas, principalmente as que estão localizadas em territórios cujos índices de violência são altos e elas acabam sendo obrigadas a abandonar.

Em sua participação, o representante legal das comunidades negras, Moisés Pérez Casseres, fala que a Resolução 121 de 2012 impediria que centenas de conselhos comunitários, organizações e população afro-colombiana, que não possuem um título coletivo, participassem dos processos de consulta prévia. Entre seus argumentos constam a responsabilidade do Estado na proteção da diversidade étnica e cultural das comunidades afrodescendentes dada pela Constituição e a definição perante o que é ser afro-colombiano:

Mencionó el actor que el término afrocolombiano se usa para denominar a algunas personas que habitan en Colombia, descendientes de quienes fueron traídos como esclavos de África por

los colonizadores españoles en la época de la colonia. Que el Departamento Nacional de Planeación estima que la población afrocolombiana es de 12 millones, pero, para el movimiento nacional afrocolombiano Cimarrón, supera los 18 millones de habitantes. Expuso que, hasta mediados del siglo pasado, la población negra se encontraba en las costas de los departamentos del Pacífico (Chocó, Valle, Cauca y Nariño) y en los de la Costa Caribe (Bolívar, Atlántico, Magdalena). No obstante, en el último medio siglo un sector numeroso de la población se encuentra en las principales ciudades del país. Según el censo realizado en 2005, la población afrocolombiana que habita en Colombia está alrededor de 4.261.996 personas, lo que equivale al 10,6% de la población total. Las cifras de autoreconocimiento indican que un 72% de la población negra se localiza en las cabeceras municipales, siendo Cali, Cartagena de Indias, Buenaventura, Medellín, Barranquilla, Tumaco, Quibdó, Turbo, Bogotá y Riohacha las de mayor población negra. En la actualidad, los afrocolombianos tienen presencia en todas las regiones del país, incluyendo la Orinoquía y la Amazonía, habitando, la mayoría de ellos, en centros urbanos, por razones asociadas al desplazamiento forzado del que han sido víctimas. (COLÔMBIA, 2014).

De forma a construir uma relação entre a especificidade do modelo de luta e formas de organização dos afro-colombianos, a CCC busca junto ao Instituto Colombiano de Antropologia e História (ICANH) considerações de cunho técnico, mas com uma abrangência que remete à interpretação dos eventos históricos que influenciaram a articulação do movimento social das comunidades negras.

A centralidade do processo constitucional de 1991 trouxe um protagonismo do movimento negro, encabeçado por elementos de resistência às formas estruturais que se perpetuaram desde o período colonial. No entanto, mesmo que se mantivessem com a Lei n. 70 esses elementos de resistência, foi o entendimento do critério de representatividade como prioridade pela ideia da coletividade das comunidades negras e apoiadas no aparato Estatal, principalmente com a criação de departamentos que tinham como objetivo manter um diálogo e consultas entre o governo nacional e comunidades afrodescendentes, um dos obstáculos que impediram de certo modo as comunidades afro-colombianas de construir um espaço de representação legítimo com influência nacional. Segundo o ICANH, isso se soma à “institucionalização, burocratização e nacionalização de boa parte dos processos organizacionais afro-colombianos”.

No desenvolvimento pela CCC em um dos pontos centrais do debate da ação de tutela, os direitos individuais e coletivos e padrão regulatório de alcance dos

direitos fundamentais dos afro-colombianos confundem-se com a ideia de centralidade do conceito de comunidade negra.

Esse conceito, disposto na Lei n. 70 de 1993 e difundido pelo aparato estatal, funcionaria, segundo a CCC, como um dos fatores de bloqueio para a participação dos afro-colombianos em um nível global em todas as dinâmicas sociais, visto que ao admitir o conceito (comunidade negra) criado estrategicamente como ponto de separação ou marco temporal, e segundo os estudiosos da questão negra colombiana⁴⁷, funcionaria como um ponto de exclusão e limitador, ao não permitir que a autorregulação dessa comunidade, fora do conceito institucional de “comunidade negra”, tivesse participação política. Esse ponto converge à questão do marco regulatório e da autoidentificação dos quilombolas pelos constituintes, pelo Estado e pelo STF, quando da discussão da ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018).

Um alcance maior do exercício do reconhecimento da diferença dos afro-colombianos, mesmo com uma ampla discussão feita no capítulo 1, aparece no contexto dessa ação de tutela, quando depara-se com a forma de organização de luta pelos direitos fundamentais em comparação dos indígenas com os negros.

Destacamos esta parte do texto:

Las alianzas que el bloque indígena construyó en ese escenario resultaron fundamentales a la hora de debatir sus propuestas, relacionadas, puntualmente, con el reconocimiento de sus territorios, sus culturas y sus autoridades. Todo esto se vio reflejado en el amplio espacio que la Carta dedicó a reivindicar la importancia de amparar sus modos de vida y tradiciones y a delimitar el contenido y el alcance de sus derechos fundamentales. La norma superior, en efecto, consagró la autonomía territorial³⁵ y jurisdiccional³⁶ de los pueblos indígenas y salvaguardó su derecho de participación política, al crear una jurisdicción electoral especial que les aseguraría dos curules en el senado de la República. (COLÔMBIA, 2014).

Esse aspecto da diferenciação da forma de alcance, formulação e manutenção dos direitos fundamentais com respeito à diversidade e ao pluralismo étnico específico de países multiculturais como a Colômbia, como explicado por Peter Wade⁴⁸, é citado pela CCC nessa ação:

⁴⁷ Esse debate sobre a caracterização dos indivíduos em comunidades, institucionalizadas ou não, mas ambas com o objetivo único de ter reconhecidos seus direitos étnicos, aparece em outras ações julgadas pela CCC, como a sentença T-308/2008, a sentença T-282/2011 e a sentença T-792/2012.

⁴⁸ O texto pode ser achado em Peter Wade, “Negro, indígenas e identidade nacional na Colômbia, 1994, Cadernos de História Latino Americana”.

explica, al respecto, que las diferencias en la manera en que la imagen del negro y la del indígena se articularon en las representaciones de las identidades nacionales latinoamericanas no se deben solamente a la discriminación histórica que han sufrido los negros, sino al hecho que desde el principio de la época colonial, la identidad del indígena fue objeto de reflexión intelectual e institucionalización burocrática, cosa que no sucedió de la misma manera con la identidad negra. (COLÔMBIA, 2014).

Segundo a CCC, a inserção de normativas, protocolos e pactos internacionais ratificados pela Colômbia após a Constituição de 1991, mostram um movimento internacional que determina, entre outras coisas, um olhar diferenciado para as questões raciais e as formas legais que deveriam ser aplicadas como políticas de reconhecimento. Dentre esses trazidos no texto da sentença T-576/14 (COLÔMBIA, 2014), está a Convenção 169 da OIT de 1989, regulamentada pela Lei 21 de 1991, o Decreto 1332 de 1992 e a Terceira Conferência Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e as Formas de Intolerância em Durban, África do Sul, em 2001, que, em linhas gerais, tinham como pressuposto:

Por eso, insta a reconocer sus derechos a la cultura y a la propia identidad; a participar libremente y en igualdad de condiciones en la vida política, social, económica y cultural; al desarrollo en el marco de sus propias aspiraciones y costumbres; a mantener y fomentar sus propias formas de organización, su modo de vida, cultura, tradiciones y manifestaciones religiosas; a mantener y usar sus propios idiomas, a la protección de sus conocimientos tradicionales y su patrimonio cultural y artístico; al uso, disfrute y conservación de los recursos naturales renovables de su hábitat, a participar activamente en el diseño, la aplicación y el desarrollo de sistemas y programas de educación y, cuando proceda, su derecho a las tierras que han ocupado desde tiempos ancestrales. (COLÔMBIA, 2014).

Nesse mesmo contexto, outro fator que faz parte dos argumentos da Corte Constitucional é o direito à participação de grupos étnicos minoritários através do instrumento da consulta prévia. O primeiro instrumento internacional que regulamenta as obrigações dos Estados com os povos indígenas e tribais em seus territórios foi a Convenção 107 da OIT de 1957⁴⁹. Embora fosse um instrumento inovador para a época, seus efeitos só começaram de fato a surtir efeito a partir dos anos 80, com as

⁴⁹ A Corte Constitucional fala em outros documentos, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em 1965, e os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre os Direitos Econômicos, e Sociais e Culturais, de 1976.

transformações que os países, principalmente os latino-americanos, começariam a passar em conjunto com as mudanças constitucionais.

Segundo consta, esses instrumentos tiveram papel essencial para o processo de construção de um consenso global sobre os valores das minorias étnicas, modos de vida e o conhecimento dos saberes ancestrais que deveriam ser preservados, assim, o mais interessante é pensar que somente no final do século XX o mundo buscou formas de valorizar a cultura negra como expressão de vida. Desse modo, a ideia de autonomia dos grupos étnicos como forma de seu desenvolvimento social, econômico e cultural, passa pela discussão sobre a participação desses grupos tanto no campo internacional como no cenário interno pelas medidas administrativas e legislativas. Esses instrumentos de autonomia para decidir o futuro da comunidade negra são importantes e garantem o direito à consulta prévia sobre mudanças gerais dessas populações e seus territórios, determinam a eles salvaguardar a sua subsistência, respeito a sua autodeterminação e todos os direitos fundamentais atribuídos aos povos indígenas e tribais.

Conforme a Corte Constitucional, a consulta prévia⁵⁰ deveria ser feita tendo como base os seguintes fatores:

i) aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales; ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan; iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad¹; iv) las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional; v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua. (COLÔMBIA, 2014).

No conjunto das questões que acompanham a discussão sobre a consulta prévia, insere-se também a centralidade de uma definição das especificidades dos chamados povos interessados nesse instrumento de consulta. Tendo como referência o artigo 6º da Convenção 169 da OIT⁵¹, a cobertura geral recai sobre os povos

⁵⁰ Temos que lembrar que este instrumento também faz parte da Convenção 169 da OIT, instrumento do qual a Colômbia é signatária.

⁵¹ Como elementos objetivos asociados a la condición de indígena, el Convenio 169 mencionó i) la continuidad histórica, ii) la conexión territorial y iii) el hecho de que conserven sus instituciones sociales, culturales, económicas y políticas o una parte de ellas.¹⁴³ En el caso de los pueblos tribales, es relevante i) que reúnan ciertas condiciones culturales, sociales y económicas que les distinguen de

indígenas e tribais. E que, segundo a CCC, dentro de um panorama que abrangeria tanto indígenas e negros como também o critério principal de compreensão desses povos da sua consciência de identidade. Tendo como base essas adversidades com relação aos critérios e aos problemas de identificação dos elementos objetivos que permitem identificar uma comunidade, citamos um exemplo:

En esa ocasión, la Corte IDH tuvo que decidir si el Estado de Surinam había vulnerado los derechos de la comunidad de Saramaka, al no permitirle acceder a un mecanismo de acceso a la justicia que protegiera efectivamente su derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales.¹⁴⁵ Antes de abordar esa controversia, debió definir si, en realidad, el pueblo Saramaka podía ser considerado como una comunidad tribal sujeta a la protección del derecho internacional de los derechos humanos.

Para resolver ese asunto, resaltó el hecho de que el pueblo Saramaka hubiera sido llevado a las tierras que hoy se conocen como Surinam durante la época de la colonización. Como eso descartaba su condición de pueblo indígena, debía entenderse que hacía valer sus derechos como pueblo tribal, es decir, como un pueblo que 'no es indígena a la región', pero comparte características similares con los pueblos indígenas, como, por ejemplo, unas tradiciones, sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, su identificación con sus tierras ancestrales y la sujeción a sus propias normas, costumbres o tradiciones.

La condición de pueblo tribal del pueblo Saramaka se valoró considerando esos aspectos. El fallo comenzó analizando su origen. El pueblo Saramaka, dijo, es uno de los seis grupos distintivos maroon de Surinam, cuyos ancestros fueron esclavos africanos llevados a la fuerza a ese país durante la colonización europea del siglo XVII y, posteriormente, escaparon a las regiones del interior, donde establecieron comunidades autónomas. Para el momento de la sentencia, estaban reunidos en 63 comunidades distintas, distribuidas en las zonas norte y oeste de Surinam.

Además, resaltó que el pueblo Saramaka tuviera una estructura social sustancialmente distinta a la de otros sectores de la sociedad, pues estaba organizado en clanes de linaje materno y mantenía sus propias normas tradicionales y costumbres. Su relación con la tierra también era particular, pues era su principal fuente de subsistencia y, sobre todo, una fuente necesaria para la continuidad de la vida y la identidad cultural de los miembros de la comunidad. (COLÔMBIA, 2014).

Como pode ser visto, a caracterização de uma comunidade dentro dos fatores estabelecidos foi o centro de grandes contradições, mesmo com tratados internacionais que normatizem essas ações, problemas relativos a essa identificação sempre foram e serão objeto de questionamentos administrativos ou constitucionais.

otros sectores de la colectividad nacional y ii) que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial (Sentença 576/14, p. 103).

No entanto, o processo de construção da identidade cultural como também o exercício de sua autoidentificação são considerados pontos fundamentais para o reconhecimento dessa coletividade. No entendimento da Corte Constitucional, a ideia de pertencimento à comunidade extrapola o simples fato da não participação plena da vida naquela comunidade, ou seja:

Aunque la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales es compartida por sus integrantes, es inevitable que algunos de ellos vivan con menos apego a las tradiciones culturales que otros. Esto no significa que pierdan su identidad ni las prerrogativas que les confiere el marco normativo internacional de protección de sus derechos. (COLÔMBIA, 2014).

A questão da autoidentificação como ponto chave de pertencimento à comunidade e à identidade cultural, abrangendo tanto os que mantêm uma ligação direta com a comunidade e aqueles que não mantêm, aparece em certa medida nos argumentos dos Ministros do STF quando do julgamento da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) e ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018), e com a construção argumentativa da CCC nas sentenças T-576/14 (COLÔMBIA, 2014) e T-680/16 (COLÔMBIA, 2016).

Seguindo por essa linha, a discussão em torno da construção de uma identidade étnica que recebe forte influência do exercício da autoidentificação do sujeito com seu grupo, com a sua trajetória de vida, com as lutas sociais e com a sua própria história, faz com que a maioria dos processos judiciais com a temática dos direitos emancipatórios dos afro-americanos tenha como ponto central o julgamento pelas Cortes Constitucionais. Tendo muitas vezes que passar pelo crivo da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de decretos, normativas ou leis, que remetem esse direito a um padrão puramente administrativo e exterior a esses indivíduos; dessa forma, a Suprema Corte, exercendo seu caráter constitucional, acaba por buscar a aproximação da essência étnica com a essência jurídica.

A dualidade que persiste nesse campo interpretativo dos aspectos que envolvem a efetividade das garantias fundamentais é expressa diretamente no âmbito da originalidade do texto constitucional de 1991, no tocante à afirmação clara do reconhecimento da diversidade étnica, que, segundo o texto, configura a Colômbia como um Estado Social de Direito. O interesse da CCC nesse debate é reafirmar o dever do Estado: “reconhecer e proteger sua diversidade étnica e cultural” (COLÔMBIA, 1991, p. 113), mesmo aquela que não pertence à maioria dos

colombianos e muitas vezes não é alvo de um debate *profícuo sobre a sua real concepção nos tribunais, assim:*

Esto quiere decir que la Carta propugna por un modelo de Estado que acepta que en Colombia no existe una cultura homogénea, sino diversas manifestaciones culturales que fundamentan la nacionalidad y que conviven en condiciones de igualdad y dignidade. (COLÔMBIA, 2014).

A vinculação da ideia de diversidade cultural como parte da estrutura social colombiana é garantida pela interpretação da Corte Constitucional⁵² nesta acepção:

En términos constitucionales, la diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo (C.P. art. 1) y protección de las minorías (C.P. arts.13, 176 y 265). (COLÔMBIA, 1991).

Essa discussão apareceu também quando da análise da questão do território dos povos remanescentes dos quilombolas no Brasil, pela ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018), em virtude dos questionamentos junto à Suprema Corte dos aspectos limitantes e abrangentes da diversidade cultural e o grau de relação desses com a terra, abrindo espaço para ampliação do conceito de diversidade cultural fora dos limites constitucionalmente atribuídos.

Em termos de uma objetividade desse pluralismo e com base na participação do juiz constitucional nesse modelo interpretativo das garantias dos direitos fundamentais das comunidades negras, o que se compreende é que a prioridade passa antes de tudo pela liberdade do uso dos mecanismos de defesa judicial por esses grupos minoritários, a exemplo da ação de tutela⁵³ prevista na Constituição de 91.

⁵² Ver sentença T-605/92.

⁵³ Sobre a existência dos mecanismos de defesa judicial, a tutela procede seu uso em três hipóteses: quando a parte interessada não possui meio de defesa judicial para obter a proteção de seus direitos fundamentais, quando os mecanismos judiciais disponíveis não são adequados ou ineficazes para obter a proteção que pretende e, finalmente, na iminente estruturação de um dano irremediável. (COLÔMBIA, 2014).

Isso posto, no questionamento movido pelo Sr. Pérez Casseres contra o Ministério do Interior e os dispositivos da Resolução 121 de 2012 na ação de tutela em análise, a Corte Constitucional entende que essa natureza processual de tutelas promovidas por minorias étnicas exigem da mesma um olhar diferenciado, corroborando como meio de acesso à justiça das populações que não dispõem de um aparato judicial.

À vista do que está expresso no objeto da ação de tutela T-576/14 (COLÔMBIA, 2014), a Corte Constitucional avança no enfrentamento de outra questão: caberia à Corte Constitucional definir quem são os afro-colombianos titulares de direitos étnicos⁵⁴?

Aunque sí hubo un proyecto de etnización identificable en el texto final de la Ley 70, todavía queda mucho por hacer en este campo: la etnización de la población afrocolombiana no se puede definir como un proceso acabado, menos aún en un acontecer colombiano sobrecargado de perturbaciones e incertidumbres y en un contexto global en el que las identidades asumen roles insospechados, desafiando conceptos como el Estado-Nación y configurando nuevas realidades culturales, políticas y sociales'. (WABGOU et al., 2012).

De acordo com a Corte Constitucional, os afrodescendentes possuem pela norma constitucional os direitos fundamentais e coletivos garantidos por reivindicações históricas, e isso faz aproximar desse grupo uma ideia necessária de proteção pelo grau de vulnerabilidade dessa população; no entanto, partindo para o campo da diversidade étnica, o olhar deve ser ampliado como também direcionado. Novamente, a relação entre diversidade e identidade étnica aparece, e ajuda a elaborar a tese de que esses dois elementos configuram por si só o reconhecimento dos afro-colombianos⁵⁵ como grupo étnico quando comparado com os indígenas.

Em situações em que a justiça constitucional tem que decidir sobre diferentes tensões relacionadas ao reconhecimento de identidades étnicas, a CCC explica que:

El reconocimiento de identidades culturalmente diversas puede llegar a convertirse en una cuestión altamente disputada en el contexto del

⁵⁴ Esse questionamento surgiu também quando da análise pelo STF da ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018), na ampliação ou manutenção dos direitos fundamentais entre os remanescentes quilombolas que estavam na terra até a CF de 1988, como também os que viriam agregar a comunidade quilombola após esse marco temporal.

⁵⁵ Tanto a Lei n. 70 (COLÔMBIA, 1993) como a Constituição de 1991 (COLÔMBIA, 1991) afirmaram a identidade étnica afro-colombiana como parte do Estado Colombiano.

constitucionalismo pluralista o multicultural, y particularmente en situaciones de marcada inequidad social y de necesidades básicas insatisfechas para amplios sectores de población. En estos contextos, algunas comunidades pueden percibir que movilizar con éxito una identidad étnica, que en muchos casos se había perdido o de la que habían sido despojadas como resultado de los procesos de aculturación y 'blanqueamiento', se convierte en una vía menos tortuosa para lograr el acceso a recursos escasos e incluso, en ocasiones, la garantía de bienes básicos, como salud, vivienda, educación, alimentación, participación, etc., a través del acceso a acciones afirmativas, o de otros derechos reservados a los grupos étnicos. Tal circunstancia, sumada en todo caso al cambio en la valoración de la diversidad cultural, explica en buena medida los fenómenos de re-emergencia étnica que, si bien en el caso colombiano anteceden la expedición de la Carta de 1991 y la ratificación del Convenio 169 de 1989, sin duda han encontrado un importante estímulo en el nuevo modelo de relación con la alteridad que con ellos pretende instaurarse. (COLÔMBIA, 2014)⁵⁶.

O princípio maior, segundo a Corte Constitucional, é fazer valer o respeito à identidade e à diversidade consagrados na Constituição como em outros documentos legais. Entrar na questão sobre o padrão de identidade étnica de um grupo foge totalmente daquilo que a Constituição consagra como papel da CCC: estabelecer critérios, resolver disputas sobre os direitos vinculados à identidade étnica⁵⁷, mas não definir essa identidade. Quando da análise pela CCC de outros processos com a mesma temática⁵⁸, a lógica que persiste é a da proteção dos direitos humanos amparada nos instrumentos jurídicos internacionais que tratam dos povos indígenas e tribais como comunidades étnicas. Nesse sentido, a máxima deveria buscar proteger os direitos fundamentais, ou seja:

como los derechos a la subsistencia, a la propiedad colectiva de la tierra, a la integridad cultural y a la consulta previa, sobre el que aquí se discute- que son esencialmente distintos a aquellos que se predicán de sus integrantes individualmente considerados. (COLÔMBIA, 2014).

⁵⁶ Sobre esse fato, podemos ver no Brasil um aumento nas estatísticas de pessoas que se consideram negras, como também o aumento dos inscritos em concursos (reserva de vagas, Lei 12990/14) ou mesmo nas cotas em Universidades. Destaca-se também a valorização da cultura negra como expressão de resistência por parte de jovens negros dos grandes centros urbanos e suas periferias.

⁵⁷ Um outro ponto apresentado pela análise da CCC da sentença 576/14, que correlaciona a discussão que estamos fazendo neste trabalho com a ideia de autorreconhecimento, foi posta na análise do censo de 2005 na Colômbia, sendo considerado extremamente valioso quando mais de quatro milhões de pessoas se identificaram como afro-colombianos, mesmo esse povo estando em constante situação de vulnerabilidade social, discriminação e luta por participação na sociedade. No entanto, o interessante de se pensar sobre essa questão é o fator de autoaceitação associado à solidez dos processos constitucionais com as diversas políticas públicas.

⁵⁸ Caso T-422/96, T-380/93.

Dessa forma, o que norteia o padrão de proteção às comunidades negras segundo a Corte Constitucional é o fato dessas serem detentoras dos direitos étnicos consagrados constitucionalmente (COLÔMBIA, 1993) e por integrarem entre si: a proteção internacional, a autoidentificação, a coletividade humana (trajetória social) e a ampliação da ideia dessa coletividade para grupos étnicos diferenciados.

Em conformidade à compreensão do exercício das garantias coletivas das comunidades negras, a CCC faz uso da sua construção argumentativa da ação de tutela T-576/14 (COLÔMBIA, 2014) para explicar os espaços de luta e processo de organização dos representantes desses sujeitos coletivos. Segundo o que consta:

el movimiento social afrocolombiano coinciden en ubicar su origen en las reivindicaciones territoriales formuladas por las organizaciones de base campesinas y eclesiales que se constituyeron con el apoyo de los movimientos religiosos presentes en el Pacífico colombiano durante la década de los sessenta. (COLÔMBIA, 2014).

O Decreto 1371/1994, reformulado pelo Decreto 2248/1995, afirma que a representação das comunidades é feita por meio das organizações de base⁵⁹ que tiveram sua origem na década de 80. As organizações de base são definidas como “associações formadas por pessoas da comunidade negra, reivindicando os direitos territoriais, culturais, econômicos, políticos e sociais, como também a voz na participação em comissões consultivas”.

De acordo com a CCC, as organizações de base mantiveram um papel fundamental como interlocutores entre as comunidades negras e o governo, e isso acompanha o questionamento feito inicialmente na análise da ação de tutela T-576/14 (COLÔMBIA, 2014), que seria o reconhecimento de diversas organizações de base como detentoras do direito à participação nos conselhos consultivos mediante ao que determina a resolução 121 de 2012, muito embora com vários artigos questionáveis.

Já encaminhando para a análise final e respondendo ao objeto principal da ação, a Corte Constitucional entende o caráter limitador da resolução 121 como também a inobservância por parte do Estado das mudanças estruturais pelas quais

⁵⁹ De forma parecida à participação efetiva do movimento negro no Brasil quanto à discussão em torno da ANC da CF de 1988 do artigo 68 atos dispositivos constitucionais transitórios, as organizações de base, dentro dos espaços rurais e urbanos, tiveram papel fundamental como porta-vozes das comunidades negras. Na Colômbia, a Lei n. 70 de 1993, artigo 45º: "O Governo Nacional formará uma Comissão Consultiva de alto nível, com a participação de representantes das comunidades negras de Antioquia, Valle, Cauca, Chocó, Nariño, Costa Atlântica e outras regiões do país para as quais esta lei e de tares de Santo André, Providência e Santa Catarina, para seguir as disposições desta lei". (COLÔMBIA, 1993).

diversas comunidades negras passaram ao longo dos anos, principalmente aqueles moradores das áreas urbanas sem os considerados títulos coletivos, como também afasta qualquer interpretação que por meio da diferença étnica torne objeto de diminuição dos direitos fundamentais⁶⁰.

O padrão decisório do Tribunal Constitucional Colombiano para a ação de tutela T-576/14 (COLÔMBIA, 2014) seguiu em toda a análise na busca da definição e percepção do problema como violação dos direitos fundamentais, respeitando sempre o contraditório, mas fazendo valer o que determina a Constituição de 1991 (COLÔMBIA, 1991) e a Lei n. 70 (COLÔMBIA, 1993). Em termos construtivos, a decisão proferida pela CCC em nome da 9ª Câmara de Revisão de Tutelas do Tribunal Constitucional determina a revogação de todas as decisões anteriores visando a proteger os direitos fundamentais às comunidades negras, torna sem efeito os dispositivos da Resolução 121 de 2012, e determina, ainda, que o Ministério do Interior faça nova consulta nas comunidades para participação nas assembleias respeitando as consultas prévias.

4.2.2. O caso T-680/16 (COLÔMBIA, 2016)

4.2.2.1. A ação judicial

Os assuntos questionados na ação de tutela como descrito no processo são: direito à educação, princípio da autonomia universitária e as medidas afirmativas para as comunidades negras no quadro do ensino superior.

O centro da questão que envolve o caso T-680/16 (COLÔMBIA, 2016) é uma ação de tutela movida por Rosmery Terranova Romero, como representante legal de Andrés Eduardo Guevara, contra a Universidade Industrial de Santander (UIS), Associação da Comunidade para Terra - Asocodita e a Diretoria de Assuntos das Comunidades Negras, Afro-Colombianas, Raizales e Palenqueras do Ministério do Interior, por considerar que os direitos à igualdade e à educação foram violados, sendo

⁶⁰ Sobre essa questão, o território aparece como uma centralidade subjetiva para caracterizar ou descaracterizar quem detenha os direitos étnicos, veja: “El Estado no visualiza a los afrocolombianos como originarios de sus territorios, como sí sucede para el caso de las comunidades indígenas. Por el contrario, los ve como si hubieran llegado a ocupar la tierra en un pasado reciente. Visto en términos de una población en estado contínuo de llegada, un territorio no es y no puede convertirse en parte de la definición de la etnicidad negra”. (Sentença 576/14, p. 157).

negada admissão especial do estudante na UIS. Os documentos que beneficiam a população afro-colombiana nesse contexto são os Acordos 134 de 2011.

Como parte dos processos de acesso ao ensino superior, a UIS editou em 2011 o acordo 134 que estabelece as normas para admissão na forma especial de candidatos, e o artigo 3º do acordo explica que os pleiteantes a uma vaga por cotas na UIS deveriam ser graduados do ensino médio e pertencentes às comunidades afro-colombianas, palenqueros e raizales, devidamente registradas no Ministério do Interior. Para finalizar o processo, o candidato deveria apresentar os seguintes requisitos:

- (i) Registrar-se junto ao UIS nas datas de cada chamada, em pleno cumprimento dos requisitos desse registro; (ii) solicitar a implantação do Convênio 134 de 2011 junto à Diretoria de Admissões e Registro Acadêmico no formato estabelecido e dentro das datas definidas pela UIS para esse processo de admissão; (iii) submeter a cópia da ata da assembleia pela qual a organização básica, à qual o requerente pertence, escolhe os candidatos para serem beneficiários da UIS, tais atas contêm: (a) local e data da reunião (não super validade dois meses de distância); (b) Primeiros e sobrenomes completos com o número de id dos selecionados; (c) Nomes, assinaturas e cargos dos membros participantes da assembleia que elegeram os candidatos e; (d) Nomes e documentos daqueles que assinam o ato. Finalmente, (iv) certificação como membro ativo da população afro-colombiana, emitida pelo Diretor de Assuntos para Negros, Afro-Colombianos, Raizales e Palenqueras do Ministério do Interior. (COLÔMBIA, 2016).

Em 22 de outubro de 2015, seguindo todas as orientações do Acordo 134 de 2011, o estudante Andrés Eduardo Guevara resolve se inscrever para o curso de Medicina (1º opção) e Engenharia Civil (2º opção). Após entrega dos documentos, o Comitê de Admissões da UIS encaminha para a análise do departamento jurídico da UIS em 22 de janeiro de 2016. Em 10 de fevereiro de 2016, o departamento de admissões e registro acadêmico da UIS informa ao candidato Andrés Eduardo que seu pedido foi negado, pois a documentação apresentada não atendia aos requisitos, pois havia um erro de assinatura na ata da assembleia da ASOCODITA. Em 15 de fevereiro de 2016, foi protocolado novamente uma petição junto à UIS, solicitando admissão especial do estudante visto ele ser afro-colombiano pertencente à ASOCODITA; no caso, o documento questionado estava correto. Em 23 de fevereiro de 2016, a secretaria geral da UIS, por meio do Conselho Universitário, reitera a decisão do Comitê de Admissões, negando o pedido de admissão do estudante André Eduardo Guevara, reafirmando o erro na documentação e divergência de cadastro

dos representantes da associação junto à Diretoria de Assuntos das Comunidades Negras e Afro-Colombianas, Raizales e Palenqueras do Ministério do Interior.

A representante do estudante questiona a decisão alegando que o candidato não poderia ser responsabilizado por erros burocráticos tanto da ASOCODITA como do Ministério do Interior. Dentre os argumentos do representante legal do estudante, citamos:

1.23. Observa que a recusa da universidade gerou no agenciado um estado depressivo, onde ele come pouco, dificilmente dorme, é afetado e emocionalmente afetado, principalmente pelos comentários que ele recebeu de alguns colegas em que ele é dito que ele não foi admitido na UIS por ser preto.

1.24. Solicita que os direitos fundamentais à igualdade e à educação de seu filho sejam protegidos e que, conseqüentemente, a universidade solicitada seja condenada a atribuir um lugar por admissão especial ao programa médico a Andrés Eduardo Guevara. (COLÔMBIA, 2016).

4.2.2.2. A decisão da CCC

No dia 28 de março de 2016, o Segundo Tribunal de Execução Civil pede esclarecimentos à ASOCODITA, à UIS e à Diretoria de Assuntos das Comunidades Negras. A UIS reitera que a universidade tem autonomia para estabelecer regras e elaborar regulamentos para o processo seletivo para a admissão especial. A Diretoria de Assuntos das Comunidades Negras nega que tenha sido a responsável, conforme argumento da autora da ação, pela violação dos direitos educacionais do jovem estudante e a ASOCODITA reafirma que entregou no prazo toda a documentação junto à Diretoria informando a mudança de representantes.

Em 08 de abril de 2016, o Segundo Tribunal de Execução Civil do Circuito de Bucaramanga nega a ação de tutela, alegando que a UIS não agiu de má-fé, e nem desrespeitou os direitos fundamentais, apenas seguiu o que estava no contrato 134 de 2011. Nas palavras do juiz:

3.1.2. *Destacó la juez que no existe ninguna clase de censura al derecho de auto reconocerse como miembro de una población afrocolombiana, debido a que su solicitud fue debidamente tramitada como admisión especial y la respuesta negativa de la universidad no tuvo relación con su raza.* (COLÔMBIA, 2016).

A decisão não foi aceita pelo representante legal do estudante, sendo novamente questionada. O processo chega à segunda instância na Câmara de Família Civil do Tribunal Superior do Distrito Judicial de Bucaramanga, sendo expedida a sentença em 17 de maio de 2016, sendo negada a tutela, conforme abaixo:

El Tribunal decidió confirmar la sentencia de tutela impugnada, por similares motivos a los de primera instancia. Entre otras razones, expuso que no se puede ignorar que quienes deseen hacer parte del sistema de educación, deben cumplir con los requisitos y requerimientos que les exigen los procedimientos. Asimismo, insiste en que a la fecha del fallo de segunda instancia no se ha aceptado por parte del Ministerio del Interior la inscripción de la nueva junta directiva de Asocodita. (COLÔMBIA, 2016).

Sob novo questionamento e a fim de tomar nova decisão, o juiz substituto pede que todas as partes se pronunciem nos prazos estipulados e apresentem novos documentos e ou documentos que justifiquem suas posições perante o processo judicial de tutela. Um dos pontos interessantes desse chamamento está na convocação do Observatório da Discriminação Racial, do Grupo de Ação Pública - GAP da Universidade de Rosário e do Instituto de Antropologia e História - ICANH, para que apresentassem de forma conceitual o debate construído sobre o acesso ao ensino superior por grupos étnicos e ações afirmativas em favor da população negra, afro-colombiana, raizales e palenquera. Essa interface do processo mantém uma relação com as chamadas audiências públicas convocadas pelo STF, quando os temas são de grande impacto e relevância social.

O Instituto Colombiano de Antropologia e História (ICANH) afirmou ao processo que as medidas afirmativas de natureza “étnico racial” se apoiam em programas acadêmicos de grandes universidades, como Harvard, Yale e Princeton, cujo objetivo é fomentar a igualdade de condições de participação da população negra. No caso colombiano, as medidas afirmativas seguiram como orientação a III Conferência Mundial contra o Racismo Discriminação Racial e Xenofobia em Durban, mas o caso em questão serviria para fomentar o debate e propostas contra o racismo. Dentro dessa análise de manutenção dos aspectos de discriminação e racismo institucional mesmo após a publicação da Lei n. 70, o Instituto explica:

la persistencia de la discriminación racial estructural por la situación de desventaja y empobrecimiento en la cual vive la población negra en Colombia, aumentó como consecuencia del conflicto social y armado,

el desplazamiento, el confinamiento y la vulneración de los derechos. (COLÔMBIA, 2016).

A Lei n. 70, de 1993, foi o grande ato normativo constitucional que impactou diretamente as comunidades negras. No que tange às discussões em torno do ensino superior, o artigo 40 da lei afirma que:

El Gobierno destinará las partidas presupuestales para garantizar mayores oportunidades de acceso a la educación superior a los miembros de la Comunidades Negras. Así mismo diseñará mecanismos de fomento para la capacitación técnica, tecnológica y superior, con destino a las Comunidades Negras en los distintos niveles de capacitación. Para este efecto, se creará, entre otros, un Fondo Especial de Becas para educación superior administrado por el Icetex (Instituto Colombiano de Estudios no Exterior), destinado a estudiantes en las Comunidades Negras de escasos recursos y que destaquen por su desempeño académico. (COLÔMBIA, 2016).

No que propiciou à população negra mecanismos de inserção social, a Lei n. 70 abrange também formas de preservar, valorizar e recuperar o desenvolvimento da identidade cultural (MENDES, 2013). Com a promulgação do decreto 1627, em 10 de setembro de 1996, cria-se um Fundo especial de créditos para estudantes de Comunidades Negras, visto o ensino superior colombiano não ser totalmente gratuito, e uma das formas de acesso ao ensino superior seria por meio de desconto nas mensalidades de acordo com o poder aquisitivo dos estudantes, ou por meio de reserva de vagas, as chamadas cotas.

É evidente a compreensão da importância das políticas de ação afirmativa e a sua execução na Colômbia, de modo que diversos documentos que norteiam essas políticas de ações afirmativas foram sendo instituídos, entre eles está o Conpes 3310/2014; segundo o documento, as ações afirmativas são:

o conjunto de diretrizes, programas e medidas administrativas destinadas a criar condições para melhorar o acesso às oportunidades de desenvolvimento econômico, social, cultural e promover a integração da população negra ou afro-colombiana (COLÔMBIA, 2004, p. 4).

Para o ICANH, a reserva de vagas em universidades é uma das ações de políticas de ação afirmativa, e a não aplicação dessa ação para o estudante Guevara Terranova demonstra o que eles chamam de uma racionalidade centralista na qual a

suspeita recai sobre os beneficiários, impedindo formalmente ao estudante o acesso à política de ação afirmativa.

Outro questionamento levantado pelo Instituto está em entender se, de fato, o processo burocrático de admissão especial não tem de forma intrínseca o objetivo de impedir o acesso desses jovens, ou uma inclusão abstrata resultando em uma exclusão real e concreta.

No entendimento do Grupo de Ações Públicas da Universidade de Rosário - GAP, a ação de tutela em questão apresenta diversos vícios inerentes a uma sociedade que faz o uso de mecanismos administrativos para atravancar as mudanças constitucionais de grande impacto para determinado grupo social. O grupo afirma que mesmo tendo por lei o direito de constituir normas e diretrizes para os processos seletivos, ou seja, a autonomia universitária, tal fato não sobrepõe as determinações constitucionais, vide o artigo 228 da CF, a Lei n. 70 de 1993⁶¹ e a lei 115 de 1994, nas palavras do GAP:

que el enfoque diferencial se presenta respecto del ingreso de los aspirantes provenientes de comunidades afrocolombianas, palenqueras y raizales que [...] busca que los miembros de esta comunidad puedan acceder a la educación superior mediante la designación de un cupo por carrera. (COLÔMBIA, 2016).

A exemplo da ação de tutela em análise, outros casos se depararam em confronto interpretativo junto à Corte Constitucional. Conforme consta no corpo da ação, vários são os casos movidos por comunidades para reivindicar a diversidade étnica, proteção dos direitos fundamentais questionados ou violados por entidades privadas, a exemplo das sentenças: T-703/08, sobre a cota educacional especial para um membro da comunidade indígena, T-282/11, sobre a retirada forçada de 120 famílias etnicamente diferentes desconstruindo a sua diversidade étnica, T-792/12, que trata de questões ligadas à descaracterização étnica de grupos étnicos, SU-510/98, discussão sobre a proteção da diversidade étnica e cultural. Para o SU-510/98, transcrevemos abaixo trecho da decisão da Corte Constitucional que, em nosso entendimento, reflete o debate em torno das políticas de reconhecimento e os

⁶¹ A Lei n. 70 de 1993 tem entre seus artigos a defesa do direito à educação, a lei 115 de 1994 regula alguns aspectos da educação de grupos étnicos e contém medidas especialmente orientadas para fortalecer a identidade cultural dos grupos étnicos. (COLÔMBIA, 1993).

caminhos a serem trilhados para a emancipação social dos negros e indígenas colombianos:

el principio de diversidad étnica y cultural ‘constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental’. Además, explicó el fallo que el reconocimiento de tal principio ‘obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades’. (COLÔMBIA, 2016).

O observatório de Discriminação Racial aponta as diferenças sociais e econômicas entre negros e brancos na Colômbia e o impacto delas nos processos de emancipação social dos afro-colombianos. Eles apontam também a ineficiência de determinadas políticas afirmativas, principalmente nos modelos de seleção de entrada nas universidades, nas políticas de manutenção dos jovens negros nas universidades, a dificuldade em obter auxílio para continuar os estudos e a baixa porcentagem de vagas reservadas tanto em universidades públicas como privadas.

Com relação ao objeto da ação de tutela, o Observatório entende que a negação da vaga ao jovem Andrés reforça os apontamentos de uma política ineficiente de ações afirmativas para combater as disparidades étnico-raciais, e simplesmente por um erro dos órgãos administrativos não poderiam incorrer no não acesso à vaga para o estudante.

A Corte Constitucional inicia suas considerações sobre a ação de tutela 680/16 (COLÔMBIA, 2016) reafirmando o caráter revisionista da Corte e o direito de qualquer cidadão, conforme a constituição política do país, de propor uma ação de tutela quando entender que seus direitos fundamentais estão sendo negados, principalmente quando o interessado da ação for menor de idade, e nesse caso poderá ser representado por outro cidadão, mesmo que não seja da sua família.

Entendido o critério do direito à proposição de uma ação de tutela, os argumentos da Corte Constitucional encaminham-se para definir quando um direito fundamental é ameaçado, a ação de tutela assume um caráter de defesa judicial, isto posto, uma proteção imediata, a fim de evitar danos irremediáveis, até que seja de fato julgada pela Corte. Nesse conjunto, insere-se não só os menores de idade, idosos

e deficientes físicos, mas, também, os que são considerados membros de grupos étnicos e que necessitam de proteção legal para garantia dos direitos fundamentais, ou seja:

Atendiendo la situación de exclusión social que repercute negativamente en el acceso a oportunidades de orden económico, social y cultural, se impone una diferenciación positiva para suprimir las barreras que se opongan a la igualdad material y enfrentar las causas que la generan, sin eliminar los rasgos culturales típicos de una determinada comunidad. (COLÔMBIA, 2016).

O direito à educação configura-se, segundo a Constituição colombiana, como um dos direitos sociais, econômicos e culturais, de modo que no contexto da ação de tutela em questão o direito ao ensino superior também se enquadra no rol desses direitos, à medida que determinados grupos, por questões estruturais, não dispõem de formas acessíveis para ingresso e manutenção nessa etapa do ensino. Na interpretação da CCC, deverá ser garantido o acesso ao ensino superior e a ameaça desse direito ou mesmo violação torna-se uma afronta direta aos direitos fundamentais que se ampliam em categorias como igualdade e desenvolvimento pessoal como forma de combate à marginalização. Essa interpretação amplia-se quando a Corte Constitucional define que:

La Corte ha protegido el derecho a la educación por la correspondencia que ésta tiene con el desarrollo personal e inclusive el plan de vida del individuo como herramienta para superar situaciones de marginación. Esta perspectiva presume que el grado de educación formal incide decisivamente en la calidad de vida de los individuos, las familias y las colectividades. En efecto atiende a la relación entre la educación y la mejora de los niveles de ingreso, el acceso a oportunidades profesionales, la inserción en la vida productiva, la movilidad social, la salud de las personas, los cambios en la estructura de la familia, la promoción de valores democráticos, la convivencia civilizada y la actividad autónoma y responsable de las personas. (COLÔMBIA, 2016).

Da mesma forma que ensejou debate quando da análise do caso ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) junto ao STF, a autonomia universitária também aparece no centro da questão da ação de tutela T-680/16 (COLÔMBIA, 2016), pois, tendo como prerrogativa o artigo 69 da Constituição e Lei 30 de 1992, a autonomia universitária tem como princípio a liberdade de elaboração de normas, documentos e processos

seletivos que visem, dentro dos parâmetros constitucionais, a formas de acesso democráticas aos seus quadros de ensino de estudantes com ou sem cotas.

Tanto o direito à educação como a autonomia universitária aparecem como mecanismos do processo de constituição dos direitos fundamentais, no entanto, segundo a Corte Constitucional, o debate sobre a eficácia desses mecanismos tende a ser judicializado, principalmente quando a prioridade deixa de ser o sujeito e passa a ser a norma, mesmo que infraconstitucional. Nesse ponto, a CCC explica enfaticamente que:

Ha dicho la Corte que en el evento en que dichas normas entren en conflicto, el juez debe proceder a realizar un juicio de ponderación a favor del derecho a la educación si la consecuencia del conflicto es su desconocimiento y negación. El propósito de la ponderación no es excluir o eliminar [la garantía] a la autonomía sino establecer una prelación a favor del derecho a la educación en aras de impedir que sea suspendido o negado indefinidamente. (COLÔMBIA, 2016).

A interpretação feita pela CCC da prioridade decisória do direito à educação frente à autonomia universitária vai de encontro às transformações do sistema educacional e das mudanças estruturais pelas quais a Colômbia vem passando nos últimos anos. A reforma constitucional de 1991 instituiu a autonomia universitária, sendo aplicado em muitas universidades o financiamento estatal. Com a adoção de políticas neoliberais em grande parte dos países latino-americanos, programas de assistência estudantil, bolsas de estudos e programas de políticas afirmativas começaram a sofrer ataques e diminuíram de forma drástica a quantidade de negros e indígenas nos bancos das universidades.

O modelo do ensino superior colombiano, mesmo sob a guarda de uma Constituição escrita sobre uma base multicultural, não vem atingindo de fato seus objetivos. Conforme Mendes (2013, p. 34):

mesmo contando com uma constituição multicultural a Colômbia não tem adotado medidas tão expressivas quanto o Brasil para a inclusão de afro-colombianos no ensino superior. Caso esse panorama não mude, o Estado e as universidades colombianas continuarão reproduzindo um modelo de universidade e de ciência excludente física e epistemologicamente aos seus afrodescendentes.

De todo modo e face à transferência de responsabilidade do Estado quando da implementação de políticas afirmativas para as Universidades dentro do que

compreende como autonomia universitária, a Corte Constitucional, à luz do que lhe compete principalmente a Constituição de 1991 e fazendo uso de intervenções que configuram certo protagonismo frente outras instituições como forma de proteção individual ou coletiva dos direitos fundamentais, em um ambiente onde o instrumento da ação de tutela efetiva-se como forma democrática de acesso à justiça, denota formas robustas de combater desvios concernentes e oriundos dos modelos econômicos e políticos vigentes que impedem qualquer forma de emancipação social.

Em um outro campo de análise da CCC, o debate em torno das medidas afirmativas para a população negra no ensino superior configura-se como ponto central, pois torna-se ação do Estado determinante e amparada pela norma constitucional na proposição de ações positivas de discriminação visando a garantir tanto a igualdade material como a igualdade formal.

A Corte Constitucional explica que as políticas de ação afirmativa como forma de diferenciação no critério étnico estão embasadas no texto constitucional em seu artigo 1º e artigo 7, e caberia ao Estado a obrigação de fomentar meios que permitissem a esse grupo o acesso a essas políticas. Dessa forma:

Los principios de pluralismo, diversidad étnica y cultural fueron reconocidos por parte del Constituyente de 1991 y se fundan como elementos determinantes del Estado colombiano. El artículo 7º de la Constitución señala que ‘el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana’; en igual sentido se pronuncia el artículo 70 superior. Esta Corporación ha afirmado que los mencionados principios ‘permiten al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales’. Las normas constitucionales referenciadas no sólo implican el reconocimiento de la diversidad cultural, sino además, establecen un claro deber para el Estado colombiano de garantizarla y protegerla de manera efectiva, mediante la adopción de medidas afirmativas para que el mencionado derecho sea efectivamente gozado, en condiciones de una verdadera igualdad material. (COLÔMBIA, 2016).

O reconhecimento pela Constituição de 1991 do pluralismo, da diversidade étnica e cultural da população afro-colombiana amplia-se com a participação do Estado colombiano em alguns pactos internacionais, segundo a CCC, como o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e

Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação Racial, de Nova Iorque, em 1966, ratificada pela Colômbia em 1981.

De todo modo, tanto a Constituição de 1991 como os pactos e as convenções deixam claro a responsabilidade do Estado em propor políticas de ação afirmativa visando condições de igualdade.

O Tribunal Constitucional conceitua, para além das garantias constitucional e internacional das medidas de discriminação positiva, outra norma legal, a Lei n. 70 de 1993⁶², que, segundo a Corte, teve como objetivo criar mecanismos de proteção para as comunidades negras, ou seja, questões relativas ao direito de propriedade coletiva, a preservação e manutenção da identidade cultural das comunidades negras, prestação dos serviços educacionais, exploração de recursos de mineração em território reconhecido, incentivo à participação política passam a fazer parte de um instrumento legal.

No bojo dessa nova normatividade, a CCC apresenta seus argumentos no critério da ação do Estado enquanto parte responsável por emitir certificados e fazer os registros das comunidades negras através do Departamento de Assuntos Negros, Afro-Colombianos, Raizales e Palenqueras, do Ministério do Interior⁶³, cujo objetivo único é facilitar o acesso a direitos e benefícios a membros de determinadas comunidades.

Nesse ponto da argumentação da CCC, chama-nos atenção o aspecto do direito de o sujeito definir se ele faz parte ou não de uma minoria étnica⁶⁴, e, segundo jurisprudência da corte, nem mesmo um juiz constitucional teria poder de estabelecer

⁶² *Artículo 33. El Estado sancionará y evitará todo acto de intimidación, segregación, discriminación o racismo contra las comunidades negras en los distintos espacios sociales, de la administración pública en sus altos niveles decisorios y en especial en los medios masivos de comunicación y en el sistema educativo, y velará para que se ejerzan los principios de igualdad y respeto de la diversidad étnica y cultural. Artículo 38. Los miembros de las comunidades negras deben disponer de medios de formación técnica, tecnológica y profesional que los ubiquen en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos. || El Estado debe tomar medidas para permitir el acceso y promover la participación de las comunidades negras en programas de formación técnica, tecnológica y profesional de aplicación general. Artículo 40. El Gobierno destinará las partidas presupuestales para garantizar mayores oportunidades de acceso a la educación superior a los miembros de las comunidades negras. || Así mismo, diseñará mecanismos de fomento para la capacitación técnica, tecnológica y superior, con destino a las comunidades negras en los distintos niveles de capacitación. Para este efecto, se creará, entre otros, un fondo especial de becas para educación superior, administrado por el Icetex, destinado a estudiantes en las comunidades negras de escasos recursos y que se destaquen por su desempeño académico.*

⁶³ Criada pelo artigo 67 da Lei n. 70, a Diretoria de Assuntos das Comunidades Negras tem como função, conforme o artigo 14, manter um registro nacional único de conselhos comunitários e organizações de base e representantes de comunidades negras, afro-colombianas.

⁶⁴ Esse debate foi travado na análise da ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018) junto ao STF, quando da análise do critério de autoidentificação dos remanescentes quilombolas.

esses critérios, as associações têm autonomia e prerrogativa de fazer essa definição, ou seja:

En tal sentido, desde la Constitución se puede entrever que 'la existencia de una comunidad indígena o afrodescendiente no depende de un acto expreso de las autoridades públicas, sino de los hechos constitutivos de su diversidad cultural y el auto reconocimiento del grupo'. (COLÔMBIA, 2016).

A CCC, seguindo o que determina a Constituição de 1991, e de posse de todos os elementos teóricos e constitucionais que norteiam o ambiente institucional da Colômbia relacionados aos direitos fundamentais das comunidades negras, parte para a decisão final da ação de tutela T-680/16 (COLÔMBIA, 2016), esclarecendo que a Universidade Industrial Santander:

no tuvo en cuenta que estaba frente a una solicitud de admisión especial de una persona perteneciente a una minoría étnica. Las universidades no cumplen con su labor de generar enfoques diferenciales y medidas de discriminación positiva con la simple expedición de una regla interna que les brinde beneficios a los colectivos clásicamente discriminados, sino que dichos reglamentos deben ir acompañados de actuaciones firmes y hechos notorios que muestren el compromiso de la academia con la eliminación de las barreras que alejan del desarrollo y el progreso a muchos de los miembros de estos grupos. (COLÔMBIA, 2016).

Assim, a Corte Constitucional Colombiana determina que a Universidade admita o estudante no programa de medicina, como também obriga uma formação em seus quadros sobre comunidades étnicas, sua importância para a Colômbia e a razão para ações afirmativas em favor delas.

CAPÍTULO 5: Os processos constituintes da emancipação e a relação com o Direito

Após termos apresentado análises das ações judiciais envolvendo lutas por direitos dos afro-latino-americanos nas cortes constitucionais do Brasil e da Colômbia, buscaremos construir neste capítulo um diálogo comparativo acerca da perspectiva crítica sobre os limites e possibilidades do Estado de direito e das instituições judiciais como parte de processos emancipatórios.

5.1. O afro-latino-americano: entre a liberdade e a igualdade

De forma introdutória, ao inserir no debate das realidades sociais formas de combate às desigualdades, principalmente voltadas aqueles marcados pelo preconceito racial, várias são as formas de análise e interpretação de cunho econômico, sociológico e político, que permitem mostrar o centro do problema como também as possíveis soluções.

No entanto, sendo uma marca do princípio da desigualdade dos países latino-americanos, a lógica por uma descaracterização do sujeito enquanto membro dessas sociedades, simplesmente pela origem étnica, torna um pouco mais complicado pensar alternativas de combate a esse fenômeno.

O olhar do mundo para o negro tal como o olhar latino para o negro latino-americano foi permeado por uma modernidade que os categorizava como homens-objeto, homens-mercadoria e homens-moeda, sendo utilizáveis e descartáveis conforme as necessidades apareciam.

Mbembe (2014, p. 11) explica que:

o negro ser aquele (ou ainda aquele) que vemos quando nada se vê, quando nada compreendemos e, sobretudo quando nada queremos compreender. Em qualquer lado onde apareça, o Negro liberta dinâmicas passionais e provoca uma exuberância irracional que tem abalado o próprio sistema racional.

O afastamento do negro de si e o afastamento do negro da sociedade (racismo) é um produto do padrão civilizatório, padrão esse que ao se constituir em terras latino-americanas assume um viés particular por estar associado basicamente

à manutenção das estruturas econômicas e sociais, ou seja, à força de trabalho desses sujeitos.

O projeto de uma cidadania negra, conforme discutimos no capítulo 1 deste trabalho, depara-se antes de tudo com o enquadramento do negro em qualquer coisa que não fosse parte do projeto de humanismo conduzido nas concepções do liberalismo político do século XIX, ou seja:

Aprisionados no calabouço das aparências, passaram a pertencer a outros, que se puseram hostilmente a seu cargo, deixando assim de ter nome ou língua própria. Apesar de sua vida e o seu trabalho serem a partir de então a vida e o trabalho dos outros, com quem estavam condenados a viver, mas com quem era interdito ter relações co-humanas, eles não deixaram de ser sujeitos ativos (Mbembe, 2014, p. 12).

Embora sujeitos ativos, os negros latino-americanos caminharam lado a lado às transformações que os Estados passaram, mas sempre representando o alicerce material desse projeto desenvolvimentista.

Se a princípio o negro latino-americano destina seus esforços por liberdade ao longo de todos os séculos, por outro vislumbra-se a aproximação do debate em torno da ideia de liberdade e igualdade, debate esse que se fortalece quando começam a pensar qual seria o modelo de uma sociedade justa.

Tendo como referencial a proposta de uma sociedade justa e os elementos estruturais básicos de uma sociedade e a importância das instituições judiciais, torna-se essencial inserir nesse debate o afro-latino-americano enquanto sujeito ativo.

Se por um lado as sociedades vão se moldando em torno da relação entre justiça social e política, por outro, os negros partem para embate tanto de ideias como de ações, a fim de inserir no contexto histórico e político o seu protagonismo, como também as garantias políticas e jurídicas dos seus direitos fundamentais⁶⁵.

⁶⁵ Sobre esse debate entre a resistência e identidade, Bernadino-Costa, Maldonado-Torres, Grofoguel (2019, p. 17), em “Decolonialidade e Pensamento Afrodiaspórico”, explicam que “a partir de suas respectivas localizações espaço-temporais e dos núcleos cosmológicos das culturas criadas, os africanos escravizados e seus descendentes, participantes dessa diáspora forçada, contribuíram com a criação e a invenção de uma nova cultura, elaborando novas formas de espiritualidade, conhecimento, subjetividade, sociabilidade. As novas culturas criadas são também projetos políticos, que trazem em seu bojo não somente a dimensão da resistência, mas também a dimensão da esperança. E essas culturas, que para efeito de clareza podemos chamar de culturas políticas, não são mumificações históricas, senão passam cotidianamente pelo processo de recriação a partir de fluxos e trocas de ideias valores e projetos que circulam pelo mundo afrodiaspórico”.

De certa forma, não podemos deixar de ressaltar que todo esse movimento emerge na totalidade das mudanças constitucionais⁶⁶ pelas quais muitos países latino-americanos passaram, como Brasil e Colômbia, impactando diretamente na conceituação de sociedade, a exemplo da Colômbia em um modelo de “Estado Social”, onde o reconhecimento do seu padrão multicultural evidencia a inserção da diversidade étnica e abertura ao debate em torno dos direitos fundamentais dos negros.

5.2. A relação entre a efetividade das políticas públicas e o ativismo judicial

Em sua participação nas audiências públicas, em 04 de março de 2010, em torno do julgamento da ADPF n. 186 junto ao STF, Kabengele Munanga inicia suas ponderações afirmando o seguinte:

Bem, eu ingressei no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade de São Paulo em 1975. Fui o primeiro negro a concluir o Doutorado em Antropologia Social nessa Universidade em 1977. Por mera coincidência, esse primeiro negro era oriundo do continente africano, e não do próprio Brasil. Três anos depois, ingressei na carreira docente na mesma instituição, no atual Departamento de Antropologia, onde fui o primeiro e o único negro professor desde a sua fundação. Daqui a três anos, estarei compulsoriamente me aposentando, sem ainda vislumbrar a possibilidade do segundo docente negro nesse departamento (BRASIL, 2012, p.107).

Tratando-se de um discurso em um ambiente onde se discutia a constitucionalidade das políticas de cotas nas universidades públicas, o professor Munanga vai ainda mais longe afirmando que:

o que se busca pela política de cotas para negros e indígenas não é para ter direito às migalhas, mas sim para ter acesso ao topo em todos os setores de responsabilidade e de comando na vida nacional onde esses dois segmentos não são devidamente representados como manda uma verdadeira democracia (BRASIL, 2012, p. 108).

Em termos práticos, vislumbra-se nesse universo a ideia de um ambiente democrático e pleno de direitos para todos, no entanto, como demonstrado na

⁶⁶ O contexto político em que se inseriram essas mudanças, portanto, foram as transformações paradigmáticas que os países latinos viveram no plano da organização dos movimentos sociais e da ascensão ao poder de partidos representantes de segmentos historicamente excluídos e oprimidos, como os indígenas, os agricultores e a classe trabalhadora (BRANDÃO, 2015, p. 75).

realidade de um espaço acadêmico da maior universidade do país, demonstra-se totalmente contrário e hostil aos dados oficiais que colocam o negro totalmente fora do campo das representações sociais em ambientes dos mais altos cargos, seja acadêmico ou administrativo, da esfera pública e privada.

O julgamento das ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) (cotas em universidades), ADC 41 (reserva de 20% das vagas em concursos públicos), ADI 3330 e ADI 3214 (programa universidade para todos), pelo STF, configurou um marco dentro do aparato constitucional brasileiro nos últimos vinte anos, visto que a Corte Constitucional viu-se na obrigação de responder questões antes restritas ao campo legislativo ou mesmo dentro das próprias universidades e outros órgãos do Estado.

De posse de vários argumentos, o STF de forma unânime decidiu a favor da manutenção das políticas de ação afirmativa questionadas nas ações, sempre constando em suas posições finais a defesa da diversidade e dos direitos fundamentais.

Na Colômbia, da mesma forma que no Brasil, a ação direta do movimento negro associado às políticas antirracistas promovidas pelos governos também se tornou elemento de questionamento junto à CCC. Diversas respostas foram sendo dadas à sociedade, e alguns posicionamentos diretos da Corte Constitucional buscaram organizar e efetivar o que determinava a constituição.

Diferentemente do Brasil, a Colômbia não tem uma lei específica que regulamenta as políticas de ação afirmativa para a população negra, a exemplo da lei 12990/2014 (de reserva de vagas em concurso) e a lei 12711/2012 (conhecida como lei de cotas, que destina 50% das vagas para alunos da rede pública em universidades e institutos federais). De forma paralela e mais ampla no contexto dos direitos fundamentais da população negra, a Lei n. 70 (COLÔMBIA, 1993) foi primordial para a construção do debate em termos de políticas públicas na manutenção dos direitos territoriais e culturais, não em um padrão de justiça reparativa⁶⁷ (SANTOS, M., 2016), padrão esse característico das políticas públicas aplicadas no Brasil.

No contexto colombiano, embora não haja uma divisão clara do que concentra essas políticas de ação afirmativa, a forma estatal institucional de aplicação dessas políticas baseia-se na associação, conforme Marcio Santos (2016), de duas

⁶⁷ “Segundo Lao-Montes, a justiça reparativa é um híbrido de demandas de redistribuição e reconhecimento, inspirada na teoria social de autores como Nancy Fraser e Axel Honneth” (SANTOS, M., 2016, p. 144).

dimensões de uma mesma demanda de política pública, ou seja, as ações afirmativas são sempre acompanhadas de políticas de afro-reparação. Isto mostra-se no exemplo do documento CONPES 3310, de 2004⁶⁸, que diz “O Estado promoverá as condições para que a igualdade seja real e efetiva e adotará medidas a favor dos grupos discriminados ou marginalizados”.

Em linhas gerais, da mesma forma que no Brasil, a participação do movimento negro colombiano em ações pós constituições foi primordial para a efetividade de determinadas políticas públicas. Bruno Santos (2014) estabelece que as demandas, para serem mais efetivas, devem partir de estratégias que envolvem o direito à diferença, cultura, território e autonomia, ou seja, a relação entre a efetividade da política pública que submerge a população afro-colombiana destaca-se, a priori, na ideia da tradição, hábitos e formas de vida, isto é, esses elementos estariam no centro do cuidado do Estado para com essa população, em muitos casos aproximando-se dos mesmos direitos dos povos indígenas.

De todo modo, à medida que o Estado se organiza e se orienta também por tratados e resoluções dos quais são signatários, a Corte Constitucional tranquiliza-se em reafirmar em termos de aplicação o que rege a Constituição de 1991. Tal fato se comprova pela enorme quantidade de ações coletivas que chegaram à CCC a fim de buscar conquistar a garantia dos DESCs.

Esse protagonismo judicial da garantia dos direitos fundamentais pelas Cortes Constitucionais, tanto no Brasil como na Colômbia, associa-se diretamente à ideia de centralidade da justiça e da judicialização da política.

Em linhas gerais, o conceito de judicialização da política, conforme Eisenberg (2003), está ligado ao aumento da participação do judiciário (ativismo judicial) em decisões entendidas como prerrogativas do legislativo, mas que, dentro de um sistema democrático que exige respostas rápidas a determinadas demandas sociais, acabam por ser judicializadas. Desse modo, nosso objetivo neste trabalho não é fazer uma grande apresentação do conceito de judicialização da política, apenas mostrar a relação entre o protagonismo judicial com a implementação de determinadas políticas públicas.

⁶⁸ Esse documento, embora importante segundo Rodrigues (2014), foi alvo de grande questionamento pois não se tratava completamente de uma política pública, e sim de medidas localizadas para um segmento da população, não tinha uma função de lei.

Yepes (2008), ao estudar a judicialização da política na Colômbia, aponta que nas últimas décadas diversos temas de grande notoriedade foram objetos de decisões judiciais, muitos desses relativos à corrupção política, políticas públicas, proteção de grupos minoritários e da autonomia individual e questões econômicas. Segundo o autor, o fator ação de tutela (acesso ao aparato judicial) e a compreensão de que o poder judiciário expressaria melhor em termos de respostas dos problemas da realidade social, quando comparado com outros poderes (legislativo e executivo), corrobora para o fortalecimento de uma justiça que buscaria manter os elementos essenciais para consolidação da democracia e de garantia dos direitos.

Como já discutido aqui neste trabalho, até mesmo nas análises dos casos junto à Corte Constitucional, o fato de a Colômbia ter uma legislação democrática abrangente em termos de direitos e aceitação da diversidade, da mesma forma que a Lei n. 70 e de todas as mudanças institucionais que o país passou ao longo desses últimos trinta anos da Constituição de 91, não foi suficiente para vermos uma efetividade das políticas públicas de ação afirmativa para todos, mesmo respeitando as diferenças regionais. Assim, isso vai na direção de uma ampliação da judicialização, pois as necessidades são diárias e constantes e a mobilidade do legislativo e executivo são moldadas por interesses particulares. segundo Yepes (2008, p. 66):

uma judicialização da política, em especial aquela ligada à luta pelos direitos, pode também funcionar, por paradoxal que pareça, como um mecanismo de mobilização social e política, na medida em que permite dar poder a certos grupos sociais e facilitar-lhes sua ação social e política, como conseguiram fazer os devedores hipotecários graças a certas decisões judiciais.

No Brasil, a discussão sobre a efetividade das políticas públicas relativas às decisões judiciais estão inseridas no contexto do constitucionalismo democrático que se consolida a partir dos anos 90. Esse debate sobre o protagonismo do poder judiciário frente aos outros poderes será objeto de diversos estudos no campo da judicialização da política, e um dos apontamentos que caracterizam esse movimento é a incorporação à nova Constituição de uma linguagem dos direitos ao debate político e ao ordenamento jurídico brasileiro (CITTADINO, 2013).

Essa linguagem dos direitos funcionaria como parte do processo de interpretação constitucional, em um ambiente de uma cidadania ativa, alicerçada

sobre as bases do Estado de Direito e da democracia. Ou seja: “os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros” (CITTADINO, 2013, p. 38).

Sendo autores desse direito, os sujeitos em um ambiente de liberdade buscam construir a chamada “comunidade de intérpretes”, de Peter Habermas (1997), que designa o direito dos cidadãos em construir uma interpretação do texto constitucional, ou seja, uma ampliação à participação deles no processo jurídico.

Cittadino (2013, p. 39) explica:

o que importa ressaltar, portanto, é que se o vínculo entre ativismo judicial e cidadania ativa não pode considerar o direito como um entrave ao processo democrático, isto não significa que o processo de ‘judicialização da política’ não tenha espaço em uma sociedade que valoriza a associação entre direito legítimo e democracia. Em outras palavras, o processo de ‘judicialização da política’ pode ser desvinculado das concepções valorativas de uma comunidade ética para referir-se ao processo por meio do qual uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição.

É nesse ambiente, segundo Cittadino (2013), que optamos por configurar o nosso modelo de judicialização da política, afastando os resquícios do autoritarismo e fortalecendo o Estado de Direito. Nesse ponto emerge a relação para se ter os efeitos necessários à transformação exigida pela Constituição Brasileira, uma cidadania ativa e a atuação dos tribunais constitucionais.

5.3. Os direitos emancipatórios no STF: os casos ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) e ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018)

A construção dos direitos emancipatórios confunde-se com a trajetória do negro brasileiro, reconstituída pela historiografia em um ambiente hostil e de subjugação do papel desses sujeitos por todas as esferas do poder. Ao longo dos séculos, conseguimos identificar movimentos de resistência e, como não dizer, sobrevivência dos afro-brasileiros por meio das lutas sociais travadas no campo da moralidade, no direito a ter direitos, do reconhecimento da sua história e cultura, dos elementos constitutivos da sua identidade, e de uma participação nos processos de mudanças institucionais pelos quais o Brasil passou e vem passando.

De modo a pensarmos o papel do negro na estrutura social brasileira, precisamos discorrer se de fato esse negro está integrado a essa sociedade. O nosso processo civilizatório foi fruto de anos de exploração do trabalho humano, ou seja, a própria ideia de civilização que busca integrar seus indivíduos em sociedade, tendo como base os ideais liberais (liberdade, igualdade e fraternidade) do iluminismo do século XVIII, foi pautada em um ambiente permissivo e de manutenção de práticas escusas cujo objetivo foi a manutenção de um sistema escravista a qualquer custo e o travamento de qualquer possibilidade de inserção dos negros nas estruturas de poder da sociedade brasileira.

Advindo desse contexto, outro elemento que acompanha o afro-brasileiro, ou melhor, os negros de todo o globo, é o *racismo*. Segundo Moura (2019, p. 11) “o racismo deve ser pensado dentro de uma componente estrutural inerente à constituição da sociedade de classes capitalista”, afastando, segundo o pensador, uma análise quase que comum do critério simples da ideia de raça para desfigurar o negro e definir o racismo.

O regime escravocrata foi determinante para o desenvolvimento do nosso capitalismo, pautado dentre muitas coisas pela hierarquia racial entre brancos e negros. Segundo M. Santos (2016, p. 138), “o racismo e a discriminação racial, ainda que largamente praticados em termos sociais e institucionais nesses países (Brasil e Colômbia), nunca foram propriamente oficializados do ponto de vista constitucional”, muito embora a historiografia mostre que durante os períodos colonial e imperial no Brasil tivemos leis e decretos que impactaram na não inserção do negro em sociedade.

No final do século XIX e início do século XX, em um contexto de pós-abolição, implantação da república e início do processo imigratório, deparamo-nos com o debate sobre a construção da nação e quem deveria fazer parte dessa nação. Mais uma vez o critério racial volta à tona, e a figura do negro enquanto parte desse projeto de nação simplesmente não existe.

Talvez nesse período tenhamos pautados dentro de um projeto de Estado o racismo institucional e estrutural mais verdadeiro, pois o negro é visto pelas elites como peso morto, como obstáculo para o projeto desenvolvimentista amparado em teorias raciais vigentes na Europa.

Nesse momento, a participação do movimento negro no campo de lutas sociais, seja pela contraposição das teorias interpretativas sobre a questão do

racismo, ou mesmo pelo debate nos campos das instituições, torna-se fato primordial para o avanço em termos constitucionais e infraconstitucionais da questão negra brasileira.

A associação do movimento negro com os instrumentos do Estado foi fundamental para que este projeto emancipatório se tornasse real, obviamente há toda uma ação contrária a esse processo.

A ideia de Estado que corrobora para este projeto aproxima-se dentro de uma tipologia de Estado ampliado de Gramsci, ou seja, tendo o filósofo italiano compreendido a complexa dinâmica das relações de poder e os diversos interesses inerentes à nova dimensão da vida social, emerge nesse contexto o que ele denomina de “sociedade civil” (DURIGUETTO; MONTAÑO, 2011, p. 43).

Sendo parte da sociedade civil organizada, o movimento negro busca por meio de uma direção política a “organização e representação de seus interesses e o encaminhamento de suas manifestações sociopolíticas através dos ‘aparelhos privados da hegemonia[...]’ (DURIGUETTO; MONTAÑO, 2011, p. 46).

Dessa forma, entendemos que o Estado, para abranger a luta por emancipação, deve apresentar-se:

não como uma estrutura unitária, compacta, homogênea, e tampouco se revela abstrato. Traduz-se em termos práticos muito mais como um complexo aparato-político-institucional constituído por instituições sociais de diversos tipos, escopos e densidades. É essa ossatura que possibilita ao Estado, ou às classes que exercem hegemonia junto ao mesmo, o poder político necessário para fazer valer suas vontades, decisões e determinações (SANTOS, M., 2016, p. 141).

É por meio desses elementos constituintes de uma ideia de Estado Democrático de Direito que se permite ao movimento negro adentrá-lo, e reivindicar a sua participação.

A ideia que permite essa reconfiguração da forma de luta e da busca por um revés da realidade social passa necessariamente pela ação direta do movimento negro, no instituto das políticas de ação afirmativa, ou seja, políticas raciais que visam a promover o antirracismo por dentro das instituições, que, nesse contexto, seria o Estado por meio de decretos, leis, estatutos e inserção nos departamentos administrativos do governo, como exemplo: Ministérios da Educação e Cultura, Secretarias e Conselhos (SANTOS, M., 2016).

As políticas de ação afirmativa institucionalizadas funcionam como arma de combate ao racismo institucionalizado, fato é que esse movimento fez parte do mote de ação tanto do movimento negro brasileiro como colombiano, ambientes clássicos “de uma formação racial do Brasil e da Colômbia que tem sido marcada historicamente pela produção sistemática da exclusão de negros e indígenas na distribuição da riqueza social em benefício de suas populações brancas” (SANTOS, M., 2016, p 142).

Desse modo, compreendemos a importância das políticas de ação afirmativa no enfrentamento institucionalizado do racismo, amparadas por uma legalidade muitas vezes questionada em tribunais superiores por parte de uma elite que insiste em não reconhecer o papel do negro em todas as esferas da pirâmide social. M. Santos (2016) ressalta que dentro do processo democrático as políticas de ação afirmativa buscam um efeito prático e direto contra o racismo institucional, embora não devemos vê-las como o único caminho possível.

Celia Pinto (2012, p. 128), em seu artigo sobre as polêmicas em torno das cotas raciais nas políticas afirmativas das Universidades Públicas, busca construir um debate pautado em três questões:

- I. a política de ações afirmativas como uma necessidade, na pretensão das democracias no século XXI, de ser um contrato que persiga a justiça social e a igualdade de fato e direito entre os cidadãos;
- II. a questão da justiça frente a políticas universalistas ou políticas de reconhecimento;
- III. a presença de programas de cotas para negros para o ingresso nas universidades públicas brasileiras e a ruptura de uma identidade brasileira idealizada.

Essas três questões podem ser pensadas e posteriormente respondidas em um contexto de um país com uma estrutura democrática que permite a ação dos movimentos sociais, da sociedade civil e das instituições em um meio que disciplina a favor de políticas de ação afirmativa para as minorias.

A lógica emancipatória está em primeiro lugar na formulação de políticas de reconhecimento, políticas essas sustentadas em um modelo de justiça social que inclui entre suas demandas formas de combate à pobreza, à violência, ao racismo etc.

Tendo sido compreendido que a adoção de políticas compensatórias faz parte do processo democrático, visto que os excluídos não podem esperar por mudanças puramente estruturais para ver efetivados seus direitos fundamentais, torna-se necessário inserir nesse contexto os modelos de políticas compensatórias

associados às políticas de cotas, tema esse que gerou muita polêmica, dando origem à ADPF n. 186 (BRASIL, 2012).

O debate gerado pelo Supremo Tribunal Federal quando da ação ADPF n. 186 (BRASIL, 2012), face aos argumentos tanto dos ministros como das partes e dos participantes da audiência pública, contribuiu para a elaboração conceitual de análises interpretativas do campo jurídico e das ciências sociais em geral, buscando localizar o tema ou mesmo inserir à demanda extraída do contexto da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) formas de combate tanto da desigualdade material como também da desigualdade cultural.

No plano das desigualdades, a questão racial torna-se elemento central do debate das políticas de ação afirmativa. E outras vertentes dessa desigualdade pela raça relacionam-se fortemente a temas como a estigmatização, desvalorização cultural, exclusão social e marginalização política, disparidade da vida cotidiana, negação dos direitos completos e proteção do cidadão, que aparecem fortemente em torno das ações ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) e ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018).

Quando trouxemos para o estudo o caso ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018), tínhamos em mente que poderíamos encaminhar para uma análise teórica que se aproximasse das teorias multiculturalistas, visto que o centro do debate está no reconhecimento cultural. Pois bem, o reconhecimento cultural é uma parte, podemos assim dizer, do reconhecimento, em que a questão cultural merece olhar diferenciado, mas não deve ser sentenciado como um campo de luta por completo.

A ligação com a terra e o processo de autoidentificação conduzem a um enrijecimento das identidades desses sujeitos, ou melhor, dos remanescentes das comunidades quilombolas, que, por sua vez, seguindo por uma explicação do campo da sociologia e da antropologia:

as identidades sociais não são arbitrárias e não representam simplesmente uma questão de escola e vontade individual. Em qualquer sociedade, a identidade auto atribuída depende de uma validação coletiva, ou seja, ela é construída em um diálogo constante entre a pessoa e a sociedade que a cerca (Júnior, Daflon, Campos, 2012, p. 98).

Muito embora a construção das identidades sociais relaciona-se muitas vezes ao debate institucionalizado das lutas sociais e com possibilidade de algumas demandas tornarem-se políticas públicas, ou seja, serem pensadas e desenvolvidas

no campo institucional, compreendemos que elas de fato só poderão ser inteiramente atendidas quando a ideia de intersubjetividade dos sujeitos for também respeitada e inserida nesse processo, ou seja, suas crenças, seus costumes, seus valores culturais e com plena condição de serem desenvolvidos, nas palavras de Fraser e Honneth (2006) citado por Santos (2018, p. 6):

os indivíduos aprendem a ver a si mesmos como membros plenos e, ao mesmo tempo, especiais da comunidade na medida em que vão se convencendo das capacidades e necessidades específicas que os constituem como personalidades, mediante os padrões de reação de apoio de seus companheiros de interação generalizados. Neste sentido, todo sujeito humano depende essencialmente de um contexto de formas de interação social regido por princípios normativos de reconhecimento mútuo e o desaparecimento dessas relações não deixam de ter consequências lesivas para a formação da identidade dos indivíduos.

Por esse caminho, podemos situar a justiça em seu caráter cultural e sua importância no fazer-se constituir-se real pela lógica da aproximação do debate da identidade cultural, do preconceito racial e da cidadania, derivando em muitas definições de direitos emancipatórios.

O caminho para a efetivação dos direitos emancipatórios que abrange todo o debate em torno das desigualdades sociais, das identidades sociais e das lutas sociais, perpassa pela existência da democracia, ou seja, entende-se que pela sua existência torna-se possível um outro diagnóstico da realidade. Neste sentido, Rodriguez (2003, p. 58) afirma que:

a promessa de igualdade posta pelo direito em uma sociedade desigual faz com que os grupos sociais que se sintam injustiçados desde que haja liberdade para tanto (garantia de direitos de liberdade pessoal e liberdade política), possam formular sua insatisfação na forma de reivindicação por direitos.

Segundo Neumann, citado por Rodriguez (2003), a ideia de uma igualdade efetivada pura e simplesmente pelo direito dificilmente seria cumprida, isso seria de certo modo uma característica das democracias contemporâneas, pois a busca incessante por direitos é resultado do complexo sistema de desigualdades sociais e culturais em que estamos todos inseridos.

A defesa por normas produzidas e efetivadas pelas demandas sociais legitimam de certa forma a atuação e aproximação do Estado com a sociedade,

efetivando essa relação quando possível na carência e na vontade dos homens (NEUMANN, p. 78).

Os casos ADFP n. 186 (BRASIL, 2012) e ADI n. 3.239 aproximam-se dessa discussão teórica, principalmente na busca de uma legitimidade que agregue o debate sobre o direito à propriedade da terra quilombola pelos remanescentes e as identidades sociais, pois tendo existido a demanda por garantias que envolvem a existência e sobrevivência de determinado grupo, o Estado, por meio de normas (leis e decretos), buscou sanar uma possível lacuna da estrutura social que há séculos manteve-se intacta, separando negros e brancos quanto aos critérios que definem os direitos fundamentais. Assim:

O surgimento de novas carências e vontades vai transformar o direito posto constantemente e desfazer as hierarquias a ele correspondentes, ameaçando os interesses de quem estiver em posições de vantagem sobre os demais grupos sociais. Em uma sociedade desigual, o direito tem um efeito desintegrador (RODRIGUEZ, 2003, p. 58).

Os dois casos analisados, dentre tantos outros que poderíamos analisar, permitiu-nos um olhar mais abrangente sobre a relação entre justiça e sociedade, justiça com a tutela personificada como instituição do Estado e a sociedade como o grande centro de força que congrega diversas individualidades e coletividades.

5.4. Os direitos emancipatórios na CCC: os casos T-576/14 (COLÔMBIA, 2014) e T-680/16 (COLÔMBIA, 2016)

Em termos de uma trajetória do posicionamento jurídico da Corte Constitucional Colombiana, as ações de tutela analisadas neste trabalho são contemporâneas das mudanças institucionais e constitucionais que o país e o poder judiciário passaram nos anos 90. Tais mudanças foram determinantes no processo de transformação do Estado, sendo estas moldadas sobre a égide do multiculturalismo social e político, abarcando novos padrões normativos e conceituais para compreender e valorizar a diversidade étnica colombiana.

Nesse contexto, em meio ao debate internacional e à formulação de acordos que procuraram assegurar os direitos fundamentais dos povos tribais e indígenas, a Colômbia buscou associar as suas mudanças internas com a dinâmica

internacional. É fato que o processo interno, por vezes, tenha passado por avanços e retrocessos, principalmente quando a figura central são as comunidades negras e os seus direitos, colocando em lados opostos aqueles que reconhecem esses indivíduos como parte deficitária dos direitos fundamentais no processo histórico e aqueles que não reconhecem.

O projeto emancipatório dos afro-colombianos aproxima-se, como afirma Rodriguez (2013), da radicalização do processo democrático, ou seja, é necessário incorporar o direito às novas demandas sociais como também entender qual papel nesse projeto emancipatório das instituições, nesse caso, as judiciais começam a assumir.

Tendo como objeto a defesa dos direitos fundamentais, as duas ações de tutela analisadas percorreram caminhos distintos, mas com objetivos iguais: o reconhecimento desses sujeitos ou da sua comunidade frente ao descaso por parte do Estado em questões sobre território, acesso ao ensino superior e participação política. Essas ações transcendem a ideia de que a Corte Constitucional teria como função primordial análises de declaração de inconstitucionalidade das normas ou anulação de decisões de tribunais inferiores.

Dessa forma, a Corte tem consigo uma função simbólica e positiva ao mesmo tempo, simbólica pois as decisões judiciais assumem o caráter de valorização das novas demandas das comunidades negras que lutam por reconhecimento e representatividade, e positiva pela aplicabilidade direta nos termos constitucionais dos direitos fundamentais. Assim, em ambas as funções ela permite o conteúdo emancipatório em suas decisões.

Em torno desse protagonismo que a CCC assume no processo emancipatório das comunidades negras, um outro ator político (movimento negro) aparece fortemente junto aos casos analisados, assumindo a função de articulador das propostas, protagonista junto às mudanças constitucionais como também na relação com o Estado⁶⁹. Tendo sua particularidade de ação e organização diferente do movimento negro brasileiro, a estratégia de luta passa também pela legitimação dos direitos fundamentais dentro do processo constituinte, ou seja, entendem o direito,

⁶⁹ O movimento negro colombiano mantém-se sob a sombra de paradigmas estruturais que evidenciam a dificuldade em articular pautas, muito em virtude da forma como foi se constituindo o seu campo de luta e a aproximação com o Estado.

em uma perspectiva de Neumann, como forma de transformação da realidade e das instituições.

A Lei n. 70, de 1993, dentre as suas particularidades, levou o Estado colombiano a fomentar estratégias de inclusão social e política às populações afro-colombianas; de acordo com Rodrigues (2012), o processo de transformação dessas estratégias em ações como via da garantia dos direitos e promoção de políticas públicas pode ser dividido em três grupos:

bloco constitucional e medidas supranacionais (composto pelo conjunto e tratados internacionais), políticas públicas setoriais (compostas pelo conjunto de ações que visam a aumentar a participação dos afro-colombianos em processos decisórios), mecanismos de ação afirmativa e/ou reparação (conjunto de propostas a níveis locais e nacionais, visando à participação igualitária de afro-colombianos). (RODRIGUES, 2012, p.79).

Em se tratando das políticas públicas para a população afro-colombiana, negra, raizal e palenquera, outras normativas e medidas constitucionais⁷⁰ vão sendo aprovadas, alterando de forma gradual, mas substancial, a realidade em termos de cidadania do afro-colombiano.

Em meio a todas essas mudanças, a Corte Constitucional consolida-se como propulsora da efetividade das normas escritas, da ação prática dos mecanismos constitucionais e de uma análise da realidade social em caráter permanente das demandas sociais que marcam todo o movimento de reestruturação e reposicionamento dos afro-colombianos perante as estruturas do Estado.

No quadro constante da Corte Constitucional dos temas cuja perspectiva corrobora para o projeto de uma emancipação social, ressaltamos os elementos que giram em torno do reconhecimento da identidade étnica, como: autoidentificação, debate sobre a raça, a relação do indivíduo com o território. No entanto, quando a CCC discute esses elementos, entendemos que ela não tem como objetivo normatizar, regular ou tornar constitucional, mas, sim, aproximar a sociedade a eles, fazendo, em muitos casos, a própria comunidade negra voltar e olhar dentro do

⁷⁰ Podemos citar aqui a Lei 152 de 1994 (permite a participação de representantes das comunidades negras em instâncias decisórias), a Lei 115 de 1994 (lei geral da educação, obriga a inserção dentro dos currículos escolares, o estudo da história da cultura negra), o decreto 1320 de 1998 (a necessidade de consulta prévia às comunidades negras e indígenas quando da exploração de recursos naturais dentro do seu território), a Lei 649 de 2001 (diz a respeito da concessão de dois lugares étnicos na Câmara dos deputados para a comunidade afro-colombiana) e o documento CONPES 3310 de 2004 (discute ação afirmativa para a população afro-colombiana).

momento histórico atual, os caminhos percorridos e os a percorrer, principalmente quando somos questionados a afirmar qual a relação entre essa comunidade negra e sua identidade étnica constituída cultural e historicamente.

Por meio da ação de tutela como representação do direito enquanto corpo formal, constrói-se o elo entre as instituições e a sociedade (comunidade negra), permitindo, conforme sugere Neumann, caminhos para a emancipação humana dentro das instituições e não fora delas (RODRIGUEZ, 2008).

Assim, a construção de um projeto emancipatório passa antes pela compreensão dos obstáculos a sua efetivação, e isso foi apresentado na dinâmica da própria realidade social dos integrantes das comunidades negras nos processos por nós analisados.

5.5. Comparando Brasil e Colômbia

A luta pelos direitos emancipatórios está diretamente interligada à intersubjetividade dos indivíduos, seja na compreensão da sua história, na busca e manutenção dos seus direitos fundamentais, na participação política, na importância da luta pela terra, no entendimento e manutenção das suas tradições e na ampliação de sua rede de valores, costumes e tradições. Todos esses elementos acompanharam de forma similar as mudanças pelas quais Brasil e Colômbia passaram ao longo dos séculos, mas sendo de fato efetivadas como marco institucional na segunda metade do século XX. Nesse contexto, novos modelos constitucionais consolidam-se com um olhar mais abrangente para os direitos fundamentais, corroborando como um ponto de intersecção na ação prática das Cortes Constitucionais.

Ao buscar construir uma comparação, um dos desafios que tivemos foi tentar manter uma equidade na construção argumentativa e na exposição dos casos que demonstrassem a aproximação ou distanciamento ao grande tema em questão: os direitos emancipatórios.

O nosso processo de pesquisa, a princípio, pautou-se pela compreensão do afro-latino-americano como ponto central das questões que nos acompanharam no decorrer deste trabalho, que seja de um lado a efetividade e manutenção das identidades sociais e de outro a busca incessante pelos direitos fundamentais. De todo modo, foi possível identificar em ambos os países as diversas formas de lutas tanto

no meio cultural (defesa da identidade) como no meio institucional (direitos fundamentais), e como essas lutas extrapolam o campo das ideias, fomentando espaços de mobilização, organização e formação de indivíduos e grupos.

Tendo por prerrogativa o exercício do controle de constitucionalidade e revisão constitucional, o Supremo Tribunal Federal e a Corte Constitucional Colombiana acabam por funcionar como o ponto decisório de demandas compreendidas dentro dos preceitos constitucionais e, por sua vez, passando para a sociedade de modo geral como sendo o lugar onde os problemas serão questionados, debatidos e solucionados.

A tal proporção de poder e responsabilidade das cortes constitucionais é acompanhada pelo debate em torno dos direitos fundamentais que nascem sob a égide de diversos processos constitucionais nacionais e sofrem grande influência de tratados e normativas internacionais que acabam por influenciar na compreensão e importância de um olhar crítico dessas instituições judiciais para com os direitos fundamentais dos afro-latino-americanos.

No ambiente interno, o debate em torno de um modelo para a efetividade das garantias individuais e coletivas acompanha diretamente a aprovação e manutenção pelo poder legislativo de dois documentos fundamentais: no Brasil, a ADCT 68, incorporada à CF de 1988, e, na Colômbia, a Lei n. 70, de 1993.

No advento desses documentos, entendemos uma mudança de paradigma do Estado, associado agora como um agente de transformação, das instituições judiciais e do reconhecimento cultural, em conjunto com a organização do movimento negro direcionado para uma ação prática em um novo contexto de fortalecimento do pluralismo de ideias da diversidade cultural. Essas mudanças consolidaram-se em ambos os países, ficando mais evidente ainda na análise que fizemos das ações judiciais e nos elementos nucleares que originaram as ações e os seus desdobramentos.

O direito une-se ao processo emancipatório a partir do momento que seus operadores dispõem-se a repensar os modelos institucionais vigentes e a realidade social, composta por uma sociedade propulsora de novas demandas.

No centro desse processo emancipatório do Brasil e da Colômbia, identificamos uma estrutura jurídica constitucional que extrapola simplesmente a análise da constitucionalidade puramente pelo rigor técnico da lei. O campo de análise das Cortes Constitucionais depara-se com, dentre outras coisas, o debate de

questões no campo de reconhecimento cultural como, por exemplo, as ideias de ancestralidade, raça, racismo, discriminação, fortalecimento das identidades individuais e coletivas, autoidentificação, consciência étnico-racial e pertencimento, e também questões no campo de uma justiça distributiva e compensatória, a igualdade formal e material, políticas de ação afirmativa e desigualdade.

De todo modo, definir dentre os dois modelos institucionais e constitucionais que mais abrangeram, entre as nossas análises, um certo protagonismo na incorporação das demandas sociais contemporâneas torna-se uma tarefa difícil. Cada modelo demonstra ter avanços e retrocessos, principalmente quando pensamos na real efetividade das questões levadas às Cortes Constitucionais.

Se, por um lado, no Brasil, o STF quando provocado respondeu de forma positiva às ações relacionadas aos direitos fundamentais com a defesa da pluralidade e diversidade da população negra, por outro identificamos a valorização da lógica puramente material do campo da redistribuição como caminho para a solução das demandas sociais questionadas, e isso aparece claramente nos argumentos de alguns Ministros quando da análise do caso ADPF n. 186 (BRASIL, 2012), na questão das cotas raciais, e na ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018), no direito à posse da terra.

A CCC parte do princípio, quando da análise das ações de tutela T-576/14 (COLÔMBIA, 2014) e T-680/16 (COLÔMBIA, 2016), relacionadas às comunidades negras, de um olhar abrangente dos direitos étnicos a todos os afro-colombianos, isso inclui o respeito à participação desse grupo em todos os momentos, principalmente quando o tema em questão esteja ligado à retirada de direitos. Sendo uma Corte com viés mais progressista, a abordagem multicultural é parte intrínseca nos debates travados nos autos, o respeito à diversidade, ao pluralismo e à identidade compõem esse panorama que consagra a forma como o direito é emancipatório.

Em relação ao acesso à justiça constitucional dentro de um padrão democrático de Estado e proteção dos direitos coletivos, o Brasil e a Colômbia dispõem de mecanismos e instrumentos diferentes. No caso brasileiro, o acesso ao STF para questionamentos constitucionais se dá por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), que, conforme artigo 103 da CF de 1988, só podem ser impetradas pelo(a): Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de

Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Partido político com representação no Congresso Nacional; Confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional. Em termos gerais, no Brasil, as demandas por direitos fundamentais acabam chegando ao STF de forma indireta. Não há a possibilidade, por exemplo, de uma comunidade quilombola ou um grupo de estudantes negros questionarem a constitucionalidade de normas, portarias ou leis relacionadas diretamente a eles, e, mesmo entendendo que seus direitos fundamentais estão sendo prejudicados, torna-se necessária a ação de um agente com titularidade constitucional, que muitas vezes utiliza-se dos instrumentos constitucionais contra as próprias minorias, exemplo da ADPF n. 186 (BRASIL, 2012) e ADI n. 3.239 (BRASIL, 2018) analisadas neste trabalho.

Na Colômbia, o acesso ao sistema judicial constitucional se dá principalmente pelo uso do instrumento ação de tutela (mandato de proteção dos direitos fundamentais), instrumento pelo qual um indivíduo ou coletivo pode manifestar-se perante a Corte Constitucional mesmo sem um advogado, se entender que os seus direitos fundamentais não estão sendo reconhecidos ou estão sendo violados ou ameaçados. Por meio desse instrumento de acesso à justiça, diversas demandas sociais chegaram até a CCC e passaram a compor o conjunto dos direitos fundamentais, a exemplo das minorias étnicas, pessoas em processo de descolamento forçado, pessoas transexuais etc. (BEZERRA, 2016).

Em termos das garantias individuais e coletivas das minorias, nossa compreensão de ambas as instituições judiciais, brasileira e colombiana, na correlação de forças com as outras instituições, a exemplo do Legislativo, é, em primeiro lugar, pela manutenção dos direitos fundamentais e, em segundo, pela construção de uma normatividade jurídica que tenha o caráter, embora provisório, garantidor de direitos quando da ausência de uma legislação pertinente à questão abordada.

As constituições de 1988 (Brasil) e 1991 (Colômbia) são consideradas um marco de amplo alcance e absorção de questões oriundas do corpo de uma sociedade pluralista e com diversidades étnicas evidentes, como já apontado neste trabalho, no entanto, ainda esbarra na relação entre normatividade estatal e interpretação jurídica com a busca por valorização da identidade cultural dos afro-brasileiros e afro-colombianos. Nesse aspecto, o preconceito por ter “direitos” é um ponto, todos aqueles de ascendência africana ainda sofrem a discriminação pelo estereótipo do

escravo; ao mesmo tempo, no senso comum, a sociedade entende a comunidade negra como protegida por diversos aparatos legais, vivendo em uma redoma de “leis”, ou seja, uma forma de blindagem especial e a consequente obtenção do que alguns consideram privilégios.

As comunidades negras, enquanto sujeito coletivo e em luta constante pelo reconhecimento das suas diferenças étnicas, aproximam, segundo Castilho (2006), quatro elementos que as caracterizavam pela sua especificidade: a relação com o mito de origem (relação com a África), uma relação particular com a natureza e o território, uma história compartilhada (escravidão e luta pela liberdade) e cultura comum. Embora essa relação entre o reconhecimento e o processo de etnização seja diferente para os membros dessas comunidades, a compreensão do seu objeto de luta é ponto fundamental para o entendimento das mudanças constitucionais, das formas de relação do Estado com os negros, da negação dos direitos fundamentais pela sociedade civil e da diferença entre as possibilidades e alcance dos direitos, e isso aparece fortemente em ambos os países analisados.

Conclusão: limites e possibilidades do Estado de direito e das instituições judiciais para as lutas por reconhecimento

Para compreendermos de fato como os direitos tornaram-se emancipatórios, buscamos identificar no decorrer deste trabalho o grau de influência e protagonismo das instituições judiciais, como a ideia de cidadania afro-latino-americana foi sendo construída ao longo dos séculos, os avanços, os retrocessos e a forma de organização e luta dos afro-latino-americanos, partindo do pressuposto de que a luta por uma cidadania está atrelada à luta por reconhecimento, seja ela pela valorização da sua identidade cultural ou pelo processo emancipatório.

Pensar a cidadania negra afro-latino-americana é entender como o negro relaciona-se entre si e entre os outros, e como o negro relaciona-se ou integra-se às instituições do Estado, integração pela participação ou pela necessidade do reconhecimento da sua importância como partícipe da estrutura social e política de qualquer Estado.

Para uma compreensão inicial da cidadania afro-latino-americana, entendemos no decorrer deste trabalho a importância de pensarmos o papel do negro em dois momentos distintos. No caso brasileiro, antes e pós-escravidão, com o papel assumido pelo afro-brasileiro confundindo-se diretamente com a dinâmica da formação do Estado brasileiro, com a participação destes nos movimentos de independência e lutas internas e externas, sendo essa muitas vezes a única forma de inserção em sociedade. Na Colômbia, a luta do negro para ser reconhecido como cidadão está ligada à sua busca por uma identidade cultural.

Dentro do nosso campo de estudo, o conceito de colonialismo de poder insere-se no debate de ambos os países por apresentar de forma atual as vertentes de controle do período escravocrata: exploração do trabalho pelo capital, dominação étnico-racial e cultural e dominação sexual e de gênero. Em linhas gerais, buscam-se formas de combate a esses elementos que moldaram a dinâmica social e mantêm-se fortemente enraizados na estrutura social das sociedades em questão, estando também permeadas pela lógica do racismo pela cor, na não aceitação dos padrões de diversidade cultural e no exercício contínuo do desprezo à história e cultura africana, impactando diretamente nas identidades desses sujeitos.

Em termos teóricos, entendemos ser primordial a análise crítica do projeto emancipatório, que de certo modo buscou aprofundar o olhar para a realidade do

Brasil e da Colômbia por meio da leitura de Neumann e Honneth que, cada um a seu modo, em tempos distintos, demonstraram ser possível tornar emancipatório o modo de vida de determinados sujeitos. Neumann e Honneth não vão tratar de um tipo de indivíduo ou de um grupo especificamente, não fazem uma análise antropológica do sujeito, mas uma crítica dos elementos que compõem a dinâmica, o cotidiano desses sujeitos, cujas lutas sociais acontecem permeio a estruturas do Estado, como também as relações entre esses sujeitos livres podem impactar diretamente no reconhecimento das diferenças e na construção das suas identidades.

Para Neumann, a sociedade de modo geral tem que ser pensada pelas possibilidades reais que as transformações, principalmente nos padrões de liberdade e igualdade, aparecem, isto é, como esses elementos se solidificam e se ampliam no decorrer dos tempos, entende-se desde a genealogia dos poderes do Estado, apresentando agora o direito como forma possível para fomentar esse projeto emancipatório.

Ao fazer um diagnóstico do tempo em uma Alemanha totalitária, Neumann busca estruturar sua análise da realidade com o olhar crítico para esse modelo de Estado e associar as possíveis consequências para a sociedade, quando esse mesmo Estado não dispõe de alternativas para manutenção das garantias individuais.

Através de suas análises, conseguimos ampliar as possibilidades de entendimento das alternativas para esse projeto emancipatório, pois, para que esse projeto torne-se efetivo, fizemos uso de algumas categorias que Neumann nos apresenta, como: modelo de Estado, liberalismo, separação de poderes com a devida categorização de cada um, funções burocráticas de Estado, a exemplo a figura do juiz, a importância do objeto da lei como corpo abstrato mas definidor e, por fim, o direito.

A ideia que construímos permeou-se a todo momento na análise das mudanças constitucionais, no papel dos tribunais constitucionais e no movimento negro, pautando sempre com o olhar da realidade a qual pensamos.

Por outro lado, Honneth aparece neste trabalho pela nossa necessidade de buscar interpretar a realidade, tendo como escopo a natureza do reconhecimento que assevera o homem contemporâneo. A luta por reconhecimento cunhada por Honneth nos obriga a pensar dentro do nosso objeto de pesquisa a centralidade da ação humana como ponte chave desse projeto emancipatório, seja essa ação individual ou

coletiva, mas que se pauta muitas vezes pelas lutas sociais, ou seja, por aquilo que Honneth vai denominar de desrespeito social.

O nosso elemento de estudo foi o afro-latino-americano e os seus padrões de luta por reconhecimento, conseqüentemente, neste trabalho, avançamos na compreensão de que para entender a tipologia das lutas sociais, tanto no Brasil como na Colômbia, faz-se necessário um olhar crítico a tudo aquilo que impede que esse projeto emancipatório concretize-se, ou seja, a negação dos direitos e degradação das formas de vida desses sujeitos. Nesse ponto, a teoria honnetiana nos ajudou a organizar os pontos de interseção em ambos os países quando construímos as formas históricas de luta por reconhecimento, a relação dessa luta com o direito e as possibilidades de estima social, mesmo em um ambiente permeado pela ideologia neoliberal que descaracteriza qualquer forma de luta social para busca e manutenção de direitos.

As políticas de ação afirmativa darão o tom para esse diagnóstico da realidade, principalmente quando em sua origem está a construção e valorização das identidades sociais. Honneth, em suas análises, não apresenta de forma aparente uma ligação direta com a política como meio desse reconhecimento, mas, é possível extrair, mesmo que sutilmente, que onde a liberdade se apresenta torna-se possível a ação prática dos sujeitos, e essa ação prática pode apresentar-se dentro do campo político, a exemplo da participação dos movimentos negros nos processos constituintes.

A correlação diagnóstica das patologias sociais com os possíveis elementos emancipatórios fomentou os estudos deste trabalho, principalmente quando construímos, já no capítulo terceiro, a relação entre o papel do direito estatal, do movimento negro e das instituições judiciais democráticas na efetividade da cidadania afro-latino-americana.

Como toda pesquisa comparada, a inserção do olhar em dois mundos diferentes é um exercício complexo, principalmente quando lidamos com tema de grande repercussão e relacionado a um determinado grupo social. No entanto, a fim de buscar possíveis respostas às patologias sociais que impedem os projetos emancipatórios, a ideia foi analisar como os direitos fundamentais principalmente os voltados às comunidades negras durante o século XX foram sendo construídos, mantidos ou transformados, mantendo atenção direta com as mudanças constitucionais de ambos os países.

É possível afirmar que só conseguimos avançar em termos de compreensão da realidade e manutenção das garantias individuais pelo fato da existência de constituições, oriundas de grandes mudanças que tiveram a participação do movimento negro como primordial para a efetividade dos direitos emancipatórios.

Desse modo, entender a lógica vigente, as formas de participação e perseguição secular pelo respeito da cultura negra foi o tronco fundamental para a consolidação de uma sociedade diversificada, e o motor gerador de toda a energia transformadora tanto do aspecto social, como econômico, político e judicial.

A instrumentalização do direito enquanto ferramenta para a emancipação associa-se ao fortalecimento das instituições judiciais dentro do Estado de Direito e ao uso que os sujeitos fazem desse direito. Na discussão que fizemos ao longo do quarto e quinto capítulos, objetivamos demonstrar através da análise da decisão dos juízes das Cortes Constitucionais o olhar contemplativo e sensível das questões a eles apresentadas, como também se as Cortes Constitucionais foram capazes de responder a essas demandas, seja por questões de cotas raciais, reconhecimento da identidade cultural, proteção territorial, implantação de políticas públicas, e assumindo um certo protagonismo.

Desse modo, quando das análises dos casos, identificamos variantes positivas do protagonismo dessas instituições judiciais em termos de uma leitura da realidade social e das possibilidades do direito, que sejam : i) decisões amparadas pelo texto constitucional e seus documentos legais; ii) compreensão da existência de uma sociedade civil organizada e compreensível das principais questões a elas demandadas; iii) da ideia de um direito fundamental; iv) de um Estado que mesmo não respondendo às principais questões não deveria ausentar-se ao engajamento e participação na formulação de políticas públicas; v) a abertura e sensibilidade às questões muitas vezes com raízes estruturais mais profundas; vi) pelo reconhecimento da diversidade e sobrevivência da identidade cultural.

De todo modo, pela interpretação dos casos, identificamos que há de fato um protagonismo que emerge em momentos em que as outras instituições, ou parte delas, não demonstram habilidade ou mesmo sensibilidade à causa preterida. Não queremos afirmar ou demonstrar neste trabalho a inabilidade de outras instituições à confrontação de determinadas demandas, mas afirmar que um modelo de reconhecimento em determinadas questões e em determinado momento histórico torna-se possível por meio das instituições judiciais.

Contudo, mensurar o impacto direto dessas decisões dos Tribunais é a grande questão a ser feita, principalmente quando essas decisões se relacionam diretamente à valorização e importância da história e da cultura negra, do acesso à justiça, da construção das identidades e do combate ao racismo estrutural.

Portanto, o desafio que nos acompanha ao final deste trabalho está no aprofundamento da construção e manutenção dos direitos emancipatórios no Brasil e na Colômbia, em uma vertente que nos possibilite analisar se a ausência de um debate em torno da identidade social dos afro-latino-americanos impactaria diretamente na sua condição de subcidadão. A isso somam-se diversas questões que integram fortemente a nossa realidade e que devem ser pensadas de forma separada ou em conjunto, como os aspectos conflituosos e determinantes dos padrões de criminalidade por questões raciais, a letalidade das mulheres negras associada à lógica identitária, a situação dos jovens negros nos grandes centros urbanos e a crise de representatividade da população negra mesmo após as políticas de ação afirmativa.

Referências

ALBERTO, Paulinia; GARDKOF, Jesse Hoffmung. Democracia Racial e inclusão racial histórias hemisféricas. In ANDREWS, Geord; Fuente, Alejandro. **Estudos afro-latino-americanos: uma introdução**. Buenos Aires, 2018, p. 314 – 372.

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

ANDREWS, Georg Reid. **America Afro-Latina 1800-2000**. Tradução de Magda Lopes. São Carlos: EdUFSCar, 2014.

ANDREWS, Geord. Raça, Classe e Gênero. In ANDREWS, Geord; Fuente, Alejandro. **Estudos afro-latino-americanos: uma introdução**. Buenos Aires, 2018, p. 76 – 119.

ANDREWS, Geord; Fuente, Alejandro. A criação de um campo de estudos afro-latino-americanos. **Estudos afro-latino-americanos: uma introdução**. Buenos Aires, 2018, p. 20 – 45.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Editora Sumaré, 1997.

BADIE, Bertrand; HERMENT, Guy. **Política Comparada**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

BERNADINO-COSTA, Joase; MALDONATO-TORRES, Nelson; GROFOGUEL, Ramón. (org.). **Decolonialidade e Pensamento Afrodiaspórico**. São Paulo: Autêntica Editora, 2019.

BEZERRA, Rafael. **Direitos para além da sala do tribunal: um estudo de caso comparado entre Brasil e Colômbia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

BRASIL. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Conheça o STF: histórico. **Supremo Tribunal Federal**, 21 mar. 2018.

Disponível em:

www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico.

Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239

(Distrito Federal). Ação Direta De Inconstitucionalidade. Decreto nº 4.887/2003.

Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

[...]. Relator: Min. Cezar Peluso. Redatora: Min. Rosa Weber, 08 fev. 2018.

Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339396721&ext=.pdf>

Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental 186 (Distrito Federal). Arguição de descumprimento de preceito

fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério

étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de

ensino superior [...] Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 abr. 2012. Disponível

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>.

Acesso em: 30 ago. 2019.

BRESSIANI, Nathalie; SILVA, Felipe Gonçalves. Axel Honneth e a Teoria Crítica dos Conflitos Sociais. *In*: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.).

Manual de Sociologia Jurídica. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 161-181.

CARVALHO, Ernani. Em busca da judicialização da política no brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista Sociologia e Política**, Curitiba, n. 23, p. 115-

126, nov. 2004.

CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 28, p. 161-179, 2007.

CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, 1999.

CHÁVEZ, Maria Eugênia. Color, inferioridad y Esclavización: la invención de la diferencia en los discursos de la colonialidad temprana. *In*: ROSERO-LABBÉ, Claudia Mosquera; BARCELOS, Luiz Claudio. (ed.). **Afro-reparaciones**: memorias de la Esclavitud y Justicia Reparativa para negros, afrocolombianos y raizales. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007. p. 73-95.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COLÔMBIA. Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES. **Política de acción afirmativa para la población negra o afrocolombiana**. Bogotá, 2004. Disponível em: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/DOCUMENTO%20CONPES%203310.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

COLÔMBIA. **Constitución Política de la República de Colombia**. Bogotá, 1991.

COLÔMBIA. **Lei n. 70 de 1993 (Lei dos Negros)**. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Quibdó, 1993. Disponível em: cpisp.org.br/ley-70-de-1993-agosto-27/. Acesso em: 20 jul. 2019.

COLÔMBIA. **Sentencia T-576/14**. Afrocolombianos y sus comunidades como titulares individuales y colectivos de derechos fundamentales - Fundamentos normativos y jurisprudencia constitucional. 2014. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-576-14.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

COLÔMBIA. **Sentencia T-680/16**. Agencia oficiosa en caso de menores de EDAD- Procedencia y no aplicación de rigorismo procesal en cuanto a manifestación de no estar en condiciones de promover su propia defensa. 2016. Disponível em:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-680-16.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. *In*: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 43-62.

GURIDY, Frank;HOOKER, Juliet. Tendências do pensamento político e social afro-latino-americano. *In* ANDREWS, Geord;Fuente, Alejandro. **Estudos afro-latino-americanos: uma introdução**. Buenos Aires, 2018, p. 219 – 269.

GROFF, Paulo Vargas. **Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras**. Brasília, v. 45, n. 178, abr./jun. 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. **O direito à liberdade**. São Paulo: Martins, 2015.

HOOKER, Juliet. Inclusão indígena e exclusão dos afro-latino-americanos na América Latina. **Tempo Social - Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 18, n. 2, 2006.

JOHNSON III, Ollie A. Representação racial e política no Brasil: parlamentares negros no Congresso Nacional (1983-99). **Estud. afro-asiát. [online]**, n. 38, p. 7-29, 2000.

LAO-MONTES, Agustín. Sin justicia étnico-racial no hay paz: las afro-reparaciones en perspectiva histórico-mundial. *In*: ROSERO-LABBÉ, Claudia Mosquera; BARCELOS, Luiz Claudio (ed.). **Afro-reparaciones**: memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afro-colombianos y raizales. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007. p. 131-154.

MAGALHÃES, Rebeca; CARVALHO, Ernani. Há um desenho institucional favorável a independência judiciária? Um panorama das constituições vigentes na América Latina. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 119-140, 2014.

MATTOS, Hebe; GRINBERG, Keila. Código Pena Escravista e Estado. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio dos Santos (Org.) **Dicionário da Escravidão e Liberdade: 50 textos críticos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 163-182.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Portugal: Editora Antígona, 2014.

MENDES, Pedro Vítor Gadelha. **Ações afirmativas para afrodescendentes: as políticas de reserva de vagas no ensino superior de Brasil e Colômbia**. 2013. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20131220105935/2.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MONTANÕ, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lucia. **Estado, Classe e Movimento Social**: São Paulo: Editora Cortez, 2011.

MOURA, Clovis. **Dialética Radical do Brasil Negro**. São Paulo: Fundação Maurício Grabois, 2014.

MOURA, Clovis. **Sociologia do negro brasileiro**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2019.

MUNANGA, Kabenguele. Constitucionalidade das políticas de ação afirmativa nas universidades públicas brasileiras na modalidade de cotas. In: In: SILVÉRIO, Valter Roberto (org.). **As cotas para negros no tribunal: a audiência pública do STF**. São Paulo: EdUFSCar, 2012. p. 107-118.

NASCIMENTO, Abdias. **O quilombismo: documentos de uma militância pan-africanista**. São Paulo: Perspectiva, ano, 2019.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 109, p. 13-87, jul. /dez. 2014.

NEUMANN, Franz. **O império do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NOBRE, Marcos. **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus Editora, 2008.

NOBRE, Marcos. Prefácio. *In*: HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 7-22.

NOBRE, Marcos. Reconstrução em dois níveis: um aspecto do modelo crítico de Axel Honneth. *In*: MELO, Rúrion Soares (Coord.) **A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 11-53.

PALMARES. Certificação Quilombola. 2019. Disponível em: www.palmares.gov.br/?page_id=37551. Acesso em: 02 ago. 2019.

PASCHEL, Tiana. Repensando a mobilização negra na América Latina. *In* ANDREWS, Geord; Fuente, Alejandro. **Estudos afro-latino-americanos: uma introdução**. Buenos Aires, 2018, p. 270-313.

PINTO, Celi Regina Jardim. A polêmica sobre as cotas raciais nas universidades públicas brasileiras: a audiência pública do STF/2010. *In*: SILVÉRIO, Valter Roberto (org.). **As cotas para negros no tribunal: a audiência pública do STF**. São Paulo: EdUFSCar, 2012. p. 127-150.

QUINTANS, Mariana Trotta; GAY, Antonia. **Movimento Negro e a luta por direitos: a participação na ANC e as conquistas na Constituição Federal Brasileira**, 2011. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=7d7733c8d01b7352>

RODRIGUES, Cristiano. Reforma Constitucional, políticas públicas e desigualdades raciais no Brasil e Colômbia: um (breve) apontamento analítico. **Rev. hist. comp.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 236-274, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A desintegração do status quo: direito e lutas sociais. **Revista Novos Estudos**, v. 96, p. 49-66, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Democracia contra as patologias da liberdade: poder e dominação em Franz L. Neumann. **Cadernos de Filosofia Alemã: crítica e modernidade**, v. 22, n. 1, p. 115-138, 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Emancipação humana e direito**: Franz Neumann. São Paulo: Direito FGV, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann, o direito e a teoria crítica. **Revista Lua Nova**, n. 61, p. 53-73, 2004.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann: o direito liberal para além de si mesmo. *In*: NOBRE, Marcos. **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus Editora, 2008. p. 97-116.

ROSETO-LABBÉ, Claudia Mosquera; BARCELOS, Luiz Claudio; ROBLES, Andrés Gabriel Arévalo. Contribuciones a los debates sobre las Memorias de la Esclavitud y las Afro-reparaciones en Colombia desde el campo de los estudios afrocolombianos, afrolatinoamericanos, afrobrasileros, afroestadounidenses y afrocaribeños. *In*: ROSETO-LABBÉ, Claudia Mosquera; BARCELOS, Luiz Claudio. (ed.). **Afro-reparaciones**: memorias de la Esclavitud y Justicia Reparativa para negros, afrocolombianos y raizales. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007. p. 213-278.

SANTOS, Bruno Carazza. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014.

SANTOS, Bruno Carazza. Peter Häberle e as audiências públicas no STF: um balanço de oito anos. **Revista Direito e Liberdade - RDL**, v. 18, n. 3, p 13-46, set./dez. 2016.

SANTOS, Marcio André de Oliveira. Políticas de ação afirmativa comparadas no Brasil e na Colômbia. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 52, n. 2, p. 137-148, maio/ago. 2016.

SILVA, Paulo Maycon Costa. Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 53, jul./set. 2014.

TAVARES FILHO, Newton. **Tribunais Constitucionais**: Consultoria Legislativa Câmara do Deputados. 2009. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade->

legislativa/estudios-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf. Acesso em: 20 nov. 2019.

WABGOU, Maguemati *et al.* **Movimiento Social Afrocolombiano, Negro, Raizal y Palenquero**: el largo camino hacia la construcción de espacios comunes y alianzas estratégicas para la incidencia política en Colombia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2012.

WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. Reconhecimento e justiça na teoria crítica da sociedade em Axel Honneth. *In*: NOBRE, Marcos. **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus Editora, 2008. cap. 9.

YEPES, Rodrigo Uprimmy. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.4, n. 6, p. 52-69, 2007.

ZAMBRANO, Catalina González. **De negros a afro-colombianos**: oportunidades políticas e dinâmicas de ação coletiva dos grupos negros na Colômbia. 2012. 160 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.