

4

Os mecanismos de contenção da subjetividade e a atuação do Poder Judiciário no entretempo – um olhar sobre a Justiça Federal de Segunda Instância na aplicação das normas antidiscriminatórias contra afrodescendentes

Como já explicitado, as instituições democráticas como conhecidas estão postas de forma a não abarcar de forma suficientemente inclusiva determinadas demandas da sociedade. A forma como foi estruturado o Estado na América Latina em geral e no Brasil em particular oblitera o espaço para uma subjetividade formada por singularidades que se potencializem coletivamente. Se é certo, como pontuam Negri e Cocco que o exercício da soberania como gestão una do poder está posta em xeque pela emergência de uma subjetividade que se faz potente, e a despeito do prenúncio de um tempo de mudança e da obsolescência progressiva do modelo democrático conhecido, por sua insuficiência, não é menos certa a necessidade de se encontrar um caminho de maior emancipação no âmbito das instituições existentes.

A partir do quadro teórico proposto por O'Donnell é preciso considerar que o nível de capilaridade do império da lei nas relações do Estado com o cidadão e dos cidadãos entre si, condição essencial para um maior nível de democratização no âmbito do modelo posto, pressupõe instituições capazes de garantir efetividade à dimensão legal do Estado. Contudo, a partir de uma análise crítica baseada em desigualdades intrínsecas ao processo de formação do Estado-nação na América Latina, observa-se que a concepção de cidadania individualista contida na teoria de O'Donnell não se coaduna com o caminho emancipatório perseguido. Se faz necessário pensar uma nova concepção de cidadania e esta é pressuposta, como acentua Adriana Geisler, em sujeitos singulares afastados dos elementos da cultura do narcisismo. Para que possam emergir e se desenvolver plenamente precisam de um ambiente favorável a uma concepção coletiva de cidadania. É neste ambiente que a cultura que exalta o mesmo perde relevância e surge a

singularidade “do estabelecimento da diferença entre o eu e o outro”.¹ Nesta perspectiva, ter-se-á a substituição da “lei da força”, que emana de forma transcendente de cima para baixo, pela “força da lei”², imanente e oriunda da fonte do poder que verdadeiramente constitui, a efetiva democracia, a proeminência do poder constituinte. A dimensão legal do Estado, nesta acepção, assume novo sentido.

Antonio Negri e Giuseppe Cocco partem de uma hipótese teórica fundamental, neste estudo encampada, de que a soberania moderna está, hoje, aberta a múltiplas tensões. A gestão do poder unitário foi contrastada por uma nova subjetividade que “se impõe como potência constituinte diante dos poderes constituídos (...)”.³ Neste sentido, uma interação entre movimentos e *governance* é possível, necessária, existe e possibilita transformações. É válida uma digressão acerca do contexto histórico em que se estruturou a concepção unitária e transcendente de soberania para viabilizar uma reflexão acerca de caminhos emancipatórios. A modernidade não deve ser tomada de forma singular, mas plural. Se por um lado não se pode dizer que se cuida de período marcado pela homogeneidade, pode-se identificar hegemonia de determinada tendência. Negri e Hardt acentuam como a modernidade não pode ser tomada em uma acepção unitária. Ao revés, é um período marcado pelo conflito e pela crise. O conceito de soberania, nesta perspectiva, é vetorial para tal análise.

Seguir a configuração nascente do conceito de soberania por diversos desenvolvimentos na moderna filosofia europeia deveria permitir-nos reconhecer que a Europa e a modernidade não são construções unitárias nem pacíficas, mas, ao contrário, desde o início se caracterizam pela luta, pelo conflito, pela crise. Identificamos três momentos na constituição da modernidade europeia que articulam a configuração inicial do conceito moderno de soberania: primeiro, a descoberta revolucionária do plano da imanência; segundo, a reação contra essas forças imanentes e a crise na forma de autoridade; e terceiro, a resolução parcial e temporária dessa crise na formação do Estado moderno como *locus* de soberania que transcende e medeia o plano de forças imanentes. Nessa progressão, a própria

¹ GEISLER, A. Revisitando a cidadania: notas para uma educação politécnica. *Trabalho, Educação e Saúde*, v. 4, n. 2, p. 370. 2006

² A referência, como já explicitado, diz respeito à análise feita por COCCO, G. cf. nota 9 deste trabalho.

³ NEGRI, A.; COCCO, G., *GlobAL: biopoder e lutas e uma América Latina globalizada*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2005. P. 14

modernidade européia torna-se cada vez mais inseparável do princípio de soberania.⁴

Registram os autores que a despeito de o conceito de soberania moderna ser europeu, sua origem e desenvolvimento se deu no bojo das relações da Europa com o exterior, especialmente no que concerne ao projeto colonial e a resistência a ele relativa, sendo, ainda, a pedra angular do eurocentrismo. Desse modo, a soberania moderna tanto expressa a dominação européia intramuros, como sua dominação sobre o mundo. A compreensão das bases em que as relações de poder se estabelecem no âmbito das modernidades tensionadas permite a apreensão do lugar da subjetividade no entretempo, assim como se torna uma chave de análise útil dos mecanismos de exercício de poder no agora.

No que tange ao presente estudo, é relevante indagar, especialmente, sobre a possibilidade de um caminho de maior emancipação com a proeminência da subjetividade no âmbito do Poder Judiciário, considerado que este é um espaço de disputa que não deve ser negligenciado. Não se cuida de preconizar a judicialização das demandas sociais, nem tampouco de estabelecer o processo judicial como o ambiente natural ou privilegiado de debate primeiro das questões levadas à arena pública, mas de reconhecer que há conflitos que não encontram eco na arena legislativa, nem tampouco encontraram via de autocomposição e que deságuam no Poder Judiciário⁵.

Exemplo do que se menciona é o reconhecimento pelo Estado-Administração de alguns direitos a determinados membros da comunidade LGBT⁶

⁴HARDT, Michael, NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Berilo Vargas. 8. ed. São Paulo: Record, 2006. p. 88.

⁵ A questão posta nos remete ao debate acerca da judicialização da política, equivale dizer, aos questionamentos acerca do âmbito de atuação do Judiciário no processo democrático. O sentido da expressão não é unívoco. A propósito, remete-se o leitor a texto com referências densas sobre o tema para um exame mais aprofundado. Koerner, A., Maciel, D. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises*. Lua Nova, n. 57, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14. maio 2010.

⁶ Inicialmente designada como comunidade GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes), a sigla tem agregado a cada momento um novo elemento com o escopo de abranger da forma mais ampla possível as orientações sexuais não subordinadas à heteronormatividade e identidades de gênero que transicionam no ou mesmo transcendem o binário masculino-feminino, incluindo manifestações tradicionais de culturas que não a judaico-cristã do ocidente. Ante a inexistência de uma sigla “oficial”, optou-se aqui pela sigla LGBT referente a lésbicas, gays, bissexuais,

que se deram a reboque de decisões judiciais⁷. A despeito da resistência encontrada ao reconhecimento de direitos no plano legislativo em sentido estrito, equivale dizer, ante os entraves encontrados na interlocução com o Poder Legislativo, o cidadão que percebeu o exercício de seus direitos mitigados em decorrência de sua orientação sexual passou a exercer pressões sobre as instituições, utilizando o Poder Judiciário como veículo de reivindicação e consciente de sua singularidade preconiza o respeito de suas prerrogativas cidadãs. Nesse sentido, o paulatino reconhecimento de direitos por parte do Estado-Administração não está desvinculado da luta dos destinatários, mas, ao revés, é fruto imediato e direto de sua atuação.

Desta feita, a questão que se coloca é sobre a possibilidade de uma relação imanente em uma estrutura que é transcendente. Constitui tal operação um paradoxo ou um caminho possível para emancipação? Buscar-se-á na seção que segue apresentar a tensão existente entre transcendência e imanência para compreensão dos mecanismos pelos quais as instituições existentes operam. Para tanto, será admitido que a capilaridade da lei como posta por O'Donnell é, na estrutura existente, necessária à democracia e adotada a perspectiva de que é

transgêneros, por sua abrangência. Importa registrar que as identidades representadas na sigla não devem ser tomadas como processos encerrados, mas em construção. Em consequência, qualquer definição apresentada, especialmente quando não elaborada pelos próprios sujeitos, deve ser absorvida nesta perspectiva.

⁷ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi pioneiro na prolação de decisões judiciais reconhecendo a uniões homoafetivas o *status* de entidade familiar, estabelecendo, inclusive, a competência da Vara de Família para processar feitos a estas relativos, assim como fixando direitos sucessórios correlatos, a despeito da inexistência de lei expressa neste sentido. Agravo de Instrumento nº 599 075 496. Relator o Desembargador Breno Moreira Mussi. Porto Alegre. 17 de junho de 1999. Também é oriunda daquele Estado da Federação a decisão na Ação Civil Pública 2000.71.00009347-0, que tramitou na Justiça Federal e ensejou a edição da Instrução Normativa do INSS 25, de 7.6.2000, que garantiu a concessão de benefícios aos companheiros do mesmo sexo de segurados da Previdência. Na esteira destas decisões pioneiras, diversos julgados foram prolatados pelo país beneficiando companheiros em uniões homoafetivas em situações de partilha de bens, dependência em seguros de saúde e planos de previdência. No que concerne à relação com o Estado, a título de exemplo, é válido mencionar o Ato Deliberativo nº 27/2009 do Supremo Tribunal Federal, que permite aos servidores daquele Tribunal que vivem em relações homoafetivas estáveis a inclusão de seus parceiros como dependentes do plano de saúde do Tribunal; a Resolução Normativa 77/2008 do Conselho Nacional de Imigração, vinculado ao Ministério dos Transportes, que concede visto ou autorização de permanência para companheiro ou companheira de nacional brasileiro ou de estrangeiro temporário ou permanente no Brasil, desde que se comprove a união estável, sem distinção de sexo e a Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 5.034/2007, que acrescentou parágrafo ao artigo 29 da Lei nº 285/1979 para permitir a averbação de parceiros do mesmo sexo como companheiros.

preciso “ imanentizar o transcendente ”⁸ na persecução de um projeto de liberação. Equivale dizer, não se cuida da aplicação da lei como dádiva do soberano, mas como resposta das lutas.

4.1

A contenção pela transcendência

Negri e Hardt pontuam que as origens da modernidade são em geral associadas a um processo de secularização que rejeitou a autoridade divina sobre as questões terrenas. No entanto, consideram que, a despeito de sua relevância, tal processo representa, em verdade, um sintoma da questão básica marcante do período “ a afirmação dos poderes *deste* mundo, a descoberta do plano da imanência ”.⁹ No começo do século XIV, nos estertores da Idade Média, é rompida a concepção dualista do ser como pertencente ao mundo terreno e ao mundo transcendente, afirmando-se sua essência singular. De notar, que não se cuida de uma singularidade contingente, acidental, mas ontológica.¹⁰ Expõem os autores que do século XIII ao século XVI se processou uma série de desenvolvimentos filosóficos que transmutaram o poder de criação do céu para a terra e que nesta perspectiva imanente está assentado o teor revolucionário da transmutação. Tal perspectiva não se limitou ao campo filosófico, tendo se espalhado para as ciências e para a política.

O plano de imanência é aquele no qual os poderes de singularidade são realizados e aquele no qual a verdade da nova humanidade é determinada histórica, técnica e politicamente. Por esse fato único, por não haver qualquer mediação externa, o singular é apresentado como multidão.¹¹

No bojo da análise do poder constituinte sob a perspectiva de Antonio Negri, Francisco de Guimaraens destaca que a transcendência relaciona-se ao registro do real que supera a capacidade humana de intervenção, em oposição ao

⁸ A propósito veja-se GUIMARÃES, F. de. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁹ HARDT, Michael, NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Berilo Vargas. 8. ed. São Paulo: Record, 2006. p. 89.

¹⁰ Para expor a força dessa concepção em fins da Idade Média, os autores resgatam a reação de Dante Alighieri à afirmação de Duns Scotus “ Omne ens habet aliquaod esse proprium ” – cada entidade tem uma essência singular, ao asseverar que o poder desse ser singular emanava da energia que punha em prática todo o poder do intelecto possível. Cf nota 186

¹¹ Ibid., p. 91.

plano de imanência, que é referente ao registro de realidade em que há inserção e participação do ser humano e das demais coisas existentes. Os seres, neste plano, têm a capacidade de intervir e serem afetados pelo que é imanente.¹² Não se cuida de questão afeta apenas ao plano filosófico, mas que transpassa outros níveis. Apoiando-se em Marilena Chauí, Maurício de Albuquerque Rocha pontua:

A metafísica medieval e moderna, quando atribui um conteúdo positivo à imanência, em oposição à transcendência, costumava designar por imanência a interioridade deste mundo, enquanto a transcendência indicava uma ordem superior, distinta e separada, da Criação. O debate concernente à natureza do ser, se ele é equívoco, análogo ou unívoco, envolvia, portanto, questões políticas, porque teleológicas, e manifestava a preocupação de combater a heresia, e salvaguardar a transcendência divina e também política – pois não eram as questões metafísicas que levavam os homens à fogueira.¹³

Posta a questão nestes termos, o advento da modernidade com a afirmação da imanência encerrou um teor revolucionário, considerada a transcendência que pautava o mundo medieval. Ao transpassar os planos científico, filosófico, político, este novo paradigma, que fortalecia a subjetividade dos singulares, ensejou um processo reativo de contenção. Este é, para Negri e Hardt, o cerne da tensão da modernidade. O embate entre imanência e transcendência, tendo esta se convertido na perspectiva hegemônica. A modernidade transcendente tem por escopo “relativizar as capacidades da ciência para transformar o mundo e acima de tudo opor-se à reapropriação do poder pela multidão”.¹⁴

Neste passo, é válido resgatar a análise desenvolvida por Francisco de Guimaraens acerca do cerne da tensão da modernidade para, com seu suporte, fixar o ponto de conexão com as questões teóricas suscitadas no capítulo precedente.

Tendo presente que é comum às diversas abordagens a respeito da modernidade européia o reconhecimento de que o período é marcado pela tensão entre forças de liberação e de contenção em todas as instâncias da existência

¹² A propósito do conceito de Imanência e Transcendência, veja-se ROCHA, M. de A. Spinoza, *a Razão e a Filosofia*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 1998, p. 73. Tese de Doutorado.

¹³ Ibid., p. 73-74.

¹⁴ HARDT, Michael, NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Berilo Vargas. 8. ed. São Paulo: Record, 2006, p. 92.

humana (política, econômica, social e cultural) e fixando como ponto de partida a concepção de que a modernidade deve ser conjugada no plural, o autor explicita o que representa cada uma das alternativas em termos de concepção mundo, de política, de sociedade, de Estado. A modernidade transcendente estabeleceu cisões no real, fixando dualismos tais como natureza/cultura, corpo/mente, fundados em um dualismo primeiro, aquele no qual o real estaria estruturado num plano imanente e outro transcendente. Neste sentido, o autor resgata as construções de Descartes, significativo representante do pensamento dualista transcendente, que na percepção de Negri e Hardt foi o autor da primeira obra prima dedicada a estruturar um projeto de contenção da perspectiva imanente, sem reintroduzir, em plenitude, a transcendência medieval fundada no poder divino.

Descartes buscou estabelecer sua compreensão do mundo baseado na dualidade universo (mundo)/Ser (Deus). Entre o binômio há uma relação de criação e criador. O mundo é um ato de criação divina, mas o Criador é mais perfeito que a criatura. Causa e efeito estão dissociados, há uma relação hierárquica entre eles, sendo a causa superior ao efeito. A dissociação conduz à necessidade de analogia para compreensão do Ser criador. O conhecimento de Deus não é acessível de forma direta, tem de ser mediado por determinadas formas de ser, hierarquicamente reconhecidas como superiores. A proposição cristã de que o homem é feito à imagem e semelhança de Deus é encampada por Descartes, que a deduz pela mútua presença da vontade. A humanização de Deus pela semelhança com o homem, a despeito da superioridade infinita do Ser, estabelece a superioridade da forma humana sobre as demais coisas, com a afirmação do dualismo homem/natureza.¹⁵

A concepção da presença da vontade em Deus estabelece um contorno específico para a filosofia cartesiana. Apesar de deter o poder para criar todas as coisas, Deus só as cria conforme a determinação de sua vontade, em acordo com seu entendimento e a partir de modelos concebidos a determinados fins. “Neste

¹⁵ Neste ponto o autor destaca que a noção de eminência é presente no pensamento cartesiano, pois se por um lado são atribuídas as Deus características humanas, a elas se adjudicam o atributo da perfeição infinita. In: GUIMARAENS, F. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica*. Rio de Janeiro, 2002, p. 36. Tese de Mestrado.

momento, projeta-se na ontologia cartesiana todo o registro de uma moral fundada na transcendência, atemporal, surgindo a idéia de bem e de Mal (...).¹⁶ Guimaraens põe em destaque o artigo 138 de *As Paixões da Alma* de Descartes, no qual é afirmada a importância de o homem distinguir o bem do mal com o fim de não se entregar a excessos. Relevante notar que mais adiante, no artigo 144 da mesma obra Descartes chama a atenção para a necessidade de regulação do desejo tendo como parâmetro o conhecimento do que é bom e, para este fim, tem-se a utilidade da moral¹⁷. O homem, assim, a partir dos modelos pré-estabelecidos, deveria buscar diferenciar o bem do mal, para seguir o bem e rejeitar o mal, independentemente de seus desejos.

Enfim, para Descartes o homem livre é aquele que reconhece o Bem e condiciona a si mesmo em sua busca. É o que se pode perceber na passagem a seguir: “para que eu seja livre, não é preciso que seja indiferente na escolha de um ou de outro dos dois contrários, mas, principalmente, quanto mais eu estiver inclinado para um, seja porque eu saiba, evidentemente, que o bom e o verdadeiro aí se encontrem, seja porque Deus organize assim o interior do meu pensamento, tanto mais livremente o escolherei e o abraçarei”.¹⁸

Nesta acepção, o homem não se apresenta como causa de suas ações, pois busca um modelo dado, sua liberdade está apenas em tentar reconhecer racionalmente um Bem externamente delineado. Guimaraens pontua que tal controle tem implicações para além do conteúdo moral. “A lógica da transcendência também se reproduz politicamente”¹⁹, pois o Deus de Descartes apresenta-se terrenamente como autoridade fundante e justificadora da atuação do homem no mundo. Embora ao longo da modernidade a legitimação do poder não mais se assente no direito divino dos reis, a concepção metafísica cartesiana não deixa de estabelecer uma legitimação transcendente de poder.

Negri e Hardt destacam como politicamente também se construiu um aparato transcendente para conter o movimento liberatório da imanência. Com

¹⁶ Ibid., p. 37. Tese de Mestrado.

¹⁷ DESCARTES, R. *As Paixões da Alma*. Tradução J. Guinsburg / Bento Prado Junior. São Paulo: Abril Cultural, 1973. art. 138, p. 276; art. 144 p. 278-279, (Coleção Os Pensadores.)

¹⁸ GUIMARAENS, F., *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica*. Rio de Janeiro, 2002. Tese de Mestrado., p. 37-38.

¹⁹ Ibid., p.38.

Thomas Hobbes é estabelecida uma concepção de soberania transcendente. O ambiente político no qual nasceu e viveu Thomas Hobbes foi decisivo no desenvolvimento de sua teoria. Renato Janine²⁰ acentua que o plano original de Hobbes era escrever primeiramente sobre ciência dos corpos naturais – ele tinha vívido interesse pela física – depois, dentre os corpos os dos homens, ao que hoje chamaríamos de psicologia, e só posteriormente se dedicaria a tratar da dos homens como cidadãos – a política. No prefácio ao leitor do *Cidadão*, o próprio Hobbes esclarece:

Haveis visto qual é meu método; acolhei agora a razão que me moveu a escrever este livro. Estava estudando filosofia por puro interesse intelectual, e havia reunido o que são seus primeiros elementos em todas as espécies e, depois de concentrá-los em três partes conforme o seu grau, pensava em escrevê-los da seguinte forma: de modo que na primeira trataria do corpo, e de suas propriedades gerais; na segunda, do homem e de suas faculdades e afecções especiais; na terceira, do governo civil e dos deveres dos súditos. (...) aconteceu, nesse ínterim, que meu país, alguns anos antes que as guerras civis se desencadeassem, já fervia com questões acerca dos direitos de dominação, e da obediência que os súditos devem, questões que são as verdadeiras precursoras de uma guerra que se aproxima; e isso foi a causa para que (adiando todos os demais tópicos) amadurecesse e nascesse de mim esta terceira parte.²¹

Nesta perspectiva é que Hobbes desenvolveu sua concepção de estado civil e soberania. Equivale dizer, uma concepção profundamente marcada pela idéia de coesão, unidade de poder, obediência, e que em sua visão estabeleceriam o contraponto com os conflitos que presenciou em seu tempo histórico que redundaram em guerra civil, regicídio, cuja análise extrapola o objeto deste estudo. Outro ponto importante, no que tange ao que delineia a concepção de soberania de Hobbes é sua oposição ao poder eclesiástico em questões temporais. Em diversos trechos de sua obra ele busca amparo nas Escrituras para fundamentar sua mensagem principal quanto a este tópico: o Reino de Deus não é deste mundo e, portanto, não há porque seus prepostos na terra se imiscuïrem em questões temporais. Nesta perspectiva, Hobbes desenvolve sua teoria afirmando o caráter absoluto e indivisível do poder como único meio hábil a garantir a segurança da comunidade.

²⁰ JANINE, R. Apresentação do *Cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22.

²¹ HOBBS, T. *Do Cidadão*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 17.

O homem para Hobbes efetua cálculo de custo/benefício que o leva a renunciar à plenitude de direitos que mantém em estado de natureza, porém com o risco da dissolução natural, para o mundo restrito do estado civil, no qual encontrará segurança e paz para realizar seus objetivos. Importante notar que o escopo da formação do estado civil é permitir a realização do indivíduo. No capítulo do *Leviatã* que cuida das causas, geração e definição de um Estado, o próprio Hobbes afirma:

A única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comuneiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a força e poder a um homem ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade.²²

É acentuado o caráter utilitário do Estado. Este existe para viabilizar a paz necessária ao desenvolvimento das potencialidades da comunidade e dos indivíduos que a compõem. Apenas a alienação da força da coletividade para um seria capaz de fornecer as condições necessárias a este fim perseguido. “Hobbes, através deste subterfúgio, opera com imanência, utilizando-a para legitimar o poder político transcendente (...)”.²³

Para Guimaraens, também em Rousseau o aparato transcendente se faz notar, embora em Hobbes isto se dê de forma mais explícita. Rousseau mantém o aparelho do Estado soberano como no universo hobbesiano, na medida em que a concepção de vontade geral pressupõe a desconsideração das vontades singulares e constitui-se em uma abstração desconectada de um processo concreto de formação. Afirma o autor que a vontade geral é “uma vontade abstrata que supera as vontades individuais, na medida que as transcende, isto é, se encontra em outro plano que não o da concretude dos desejos singulares”.²⁴ O autor destaca que a abstração atinge seu ponto culminante quando Rousseau afirma a alienação total dos direitos singulares em benefício da comunidade.

²² HOBBS, T. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007, p. 130.

²³ GUIMARAENS, F. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica*. Rio de Janeiro, 2002, Tese de Mestrado, p. 40.

²⁴ *Ibid.*, p. 31.

Portanto, em uma situação onde cada um aliena de forma irrestrita seus direitos à comunidade e onde os chefes podem expressar a vontade geral, não fica difícil imaginar a estruturação de um Estado absoluto que, baseado imaginariamente na vontade geral, governa sem permitir a participação da cidadania e sua manifestação contrária, tendo em vista que os direitos foram alienados em benefício da comunidade toda.²⁵

Guimaraens ressalta como o fato de o contratualismo estar fundado em uma abstração, desvinculada da concretude que marca a política, redundou na negação da história e na produção de regulação. Algumas características que marcam a soberania moderna, como a unidade, inalienabilidade²⁶, denunciam sua natureza transcendente e regulatória. O detentor da soberania não pode dela prescindir, sob pena de sua extinção, e para manter sua unidade o Estado moderno teve que estabelecer rígidos códigos binários, fixando o dentro e o fora, o excluído e o incluído. Foi neste ambiente, destaca o autor, que surgiu uma nova forma de expressão do direito, por meio de códigos. Neste sentido, a regulação seguia a tendência de partir de modelos abstratos, gerais, sem consideração a situações singulares. A modernidade da transcendência buscou a todo custo “eliminar a hibridização e a ambivalência”²⁷, o fim era a homogeneização purificada e ordenada.²⁸ O objetivo do projeto, destaca o autor, era estabelecer, a partir do Estado, de fora, sem vinculação com processos imanentes ao social, uma organização racional e harmônica, na qual a ambivalência não tinha lugar. A busca da lógica identitária tornou-se, neste contexto, um corolário lógico e necessário. O Estado moderno se estruturou de forma a tentar impedir a

²⁵ Ibid., p. 31.

²⁶ Ibid., p. 41.

²⁷ Ibid., p. 42.

²⁸ No que concerne à hibridização Bruno Latour expõe: A hipótese deste ensaio – trata-se de uma hipótese e também de um ensaio- é que a palavra “moderno” designa dois conjuntos de práticas totalmente diferentes que, para permanecerem eficazes, devem permanecer distintas, mas que recentemente deixaram de sê-lo. O primeiro conjunto de práticas, cria, por “tradução”, misturas entre gêneros de seres completamente novos, híbridos de natureza e cultura. O segundo cria, por “purificação”, duas zonas ontológicas inteiramente distintas, a dos humanos, de um lado e a dos não-humanos, de outro. Sem o primeiro conjunto, as práticas de purificação seriam vazias ou supérfluas. Sem o segundo, o trabalho da tradução seria freado, limitado ou mesmo interditado. O primeiro conjunto corresponde àquilo que chamei de redes, o segundo ao que chamei de crítica. O primeiro, por exemplo, conectaria em uma cadeia contínua a química da alta atmosfera, as estratégias científicas e industriais, as preocupações dos chefes de Estado (...); o segundo estabeleceria uma partição entre um mundo natural que sempre esteve aqui, uma sociedade com interesses e questões previsíveis e estáveis, e um discurso independente tanto da referência quanto da sociedade. LATOUR, B. *Jamais fomos modernos*. Tradução Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994, p. 16.

proliferação dos híbridos e das ambivalências, assim como de absorvê-los por seu aparelho regulatório. No entanto, este movimento foi sendo levado ao limite, pois a excessiva regulação redundou na falta de regulação, pela absoluta impossibilidade de absorção total da multiplicidade de híbridos produzidos pela movimentação coletiva.²⁹ Neste sentido, o autor aponta a necessidade de se deslocar o pensamento para a imanência para compreensão das alternativas de liberação, pois a perspectiva transcendente não é capaz de traduzir alternativas para um mundo onde não há fora, quando a existência “do fora” é básico na perspectiva transcendente.

No plano imanente o fruto não está dissociado da produção, como já posto, há a inserção do ser humano e das demais coisas existentes no registro da realidade. Ao contrário da perspectiva transcendente, não se labora com modelos previamente estabelecidos e, assim, neste plano é possível pensar e criar o novo.

O fato de não ser considerada a possibilidade de haver modelos previamente definidos por algum intelecto superior e transcendente reorienta a própria concepção política, minando-se com qualquer possibilidade de estruturação de um aparato soberano que verticalize a regulação política. Não há, portanto, ordem previamente determinada a ser seguida e realizada concretamente; a ordem é

²⁹ Giuseppe Cocco, ao analisar as hibridizações, refere como o dualismo moderno reintroduz a transcendência e as relações de dominação. A hibridização não é para o autor, de *per se*, um processo de libertação. A modernidade transcendente, por meio de seu aparato, sempre teve por escopo conter “a potência que vinha dos processos constituintes” e o fez por meio da captura “que modula, por hibridização, as máquinas ontológicas”. Neste sentido, para o autor, a hibridização se constitui, em verdade, no terreno da luta. O essencial é compreender como se operam os mecanismos de captura das linhas de fuga e dos processos constituintes. “Provavelmente, um dos mecanismos fundamentais da captura estava – e ainda está – no fato de que o processo de purificação próprio da constituição moderna visa a (e permite) separar o governo dos híbridos, de um lado, e, de outro lado, o processo de hibridização que os produz, quer dizer, separar o produto (sempre híbrido) do ato de sua produção (que, ao contrário, é objeto da purificação). Ou seja, a característica do trabalho de purificação é exatamente organizar a oposição do híbrido à hibridização: do bandeirante mulato à liberdade dos africanos e dos índios, da homogeneidade cinzenta do pardo à multiplicidade das cores de uma mestiçagem em devir, que não para de devir. (...) o sujeito é constituído por uma multiplicidade. O modelo de subjetivação é, pois o monstro. O devir-monstro é a multiplicidade no lugar ‘da’ classe, os mil sexos no lada ‘da’ heterossexualidade (...) Ora, como dissemos, essa infinita monstruosidade (o devir-monstro) é submetida ao regime de reprodução dos dualismos binários, homem-mulher, patrão-empregado, cultura-natureza (Lazzarato, 2006:69), sujeito-objeto. Como enfatiza Deleuze, essa *captura*, do devir-monstro não funciona por meio de uma redução simples, mas por meio do *desdobramento dos dualismos em escolhas sucessivas*: se você não é hem homem nem mulher, é homossexual; se não é patrão nem empregado, é desempregado (...) o híbrido é resolvido em um novo e desdobrado mecanismo identitário. Assim, a submissão do monstro ao regime dos dualismos aprisiona o fora, o virtual, para neutralizar a potência e subtrair da repetição toda possibilidade de variação. A repetição é reduzida a reprodução, e o devir é bloqueado (...)” *MUNDOBRAZ: o devir-mundo do Brasil e o devir-Brasil do mundo*. Rio de Janeiro / São Paulo: Record, 2009, p. 224-228.

instaurada através de movimentos de composição imanente das forças existentes em uma certa coletividade. A ordem, a regulação é, necessariamente, o resultado da forma pela qual se dispõem as forças sociais, de maneira que, sob a compreensão da política em termos de imanência, extingue-se, ou melhor, impede-se a possibilidade de se supor o político como algo que transcende o social, como ocorre no caso do pensamento político fundado na transcendência.³⁰

Posta a questão nestes termos, seria possível pensar a articulação das assertivas desenvolvidas por O'Donnell acerca da democracia com uma perspectiva imanente, na medida em que o argumento central do autor é o de que a democracia não pode ser analisada apenas no nível do regime político, precisa ser estudada em sua relação com o Estado? Realinha-se a questão acerca da possibilidade/necessidade de se laborar em uma perspectiva imanente no âmbito de um aparato transcendente, com vistas a um caminho de maior emancipação.

Se por um lado é preciso estabelecer uma trajetória de emancipação que conduza a arranjos que potencializem a capacidade de expressão da subjetividade em sua singularidade e em sua multiplicidade, não se pode olvidar a necessidade de lidar com as instituições existentes. Ainda que estruturadas sob uma armadura transcendente, apenas uma perspectiva imanente pode abrir flanco a mudanças liberatórias. Neste sentido, a análise de O'Donnell, calcada, é certo, sob a premissa da mediação necessária do Estado, se faz útil, pois oferece ferramentas para se pensar de maneira emancipatória sob a perspectiva do aparato existente. Muito embora o modelo de cidadania pensado pelo autor reclame ajustes para que se oriente no caminho da liberação, como exposto no capítulo 3, a concepção de maior capilaridade da lei para democratização é coerente com o aparato existente e pode ser ajustado a uma concepção imanente se problematizada a questão da lei a imperar. Estabelecida uma maior interlocução entre movimentos e governança, bem como aplicada a lei como fruto imanente das forças sociais e não como dádiva do soberano, sua aplicação intermitente, ou o hiato em sua aplicação, há de ser tida como vilipêndio à democracia.

³⁰ GUIMARAENS, F. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica*. Rio de Janeiro, 2002, p.52. Tese de Mestrado.

Sob esta perspectiva é que se lança o olhar sobre a atuação da Justiça Federal de Segunda Instância na aplicação das normas antidiscriminatórias³¹ relativamente aos afrodescendentes, com o escopo de, a partir da identificação dos pontos de tensão contidos nas demandas e das soluções apresentadas à sociedade, verificar em concreto a atuação do aparato do Estado na resposta a um fator que substantivamente afeta de forma negativa a democracia e fornecer elementos para reflexão sobre a porosidade desse aparato do Estado ao movimento de imanência.

4.2

Os julgados – a seleção

Os julgados que são objeto de investigação foram selecionados por meio do Portal da Justiça Federal, mantido pelo Conselho de Justiça Federal - CJF, que consolida precedentes jurisprudenciais dos cinco Tribunais Regionais Federais, da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Para fins de análise, a pesquisa circunscreveu-se aos Tribunais Federais³² e Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência³³, com o fito de lançar o foco de luz sobre a abordagem da questão racial em sentido lato nos julgados no âmbito federal, limitada à Segunda Instância de julgamento. Ante a possibilidade de não haver perfeita coincidência entre a base de dados do Portal mantido pelo CJF e as

³¹ Como já delimitado neste estudo, as normas antidiscriminatórias são aqui tomadas em uma acepção ampla, englobando aquelas que promovem a igualdade, bem como abarca aquelas que reconhecem direitos reparadores, tendo por pressuposto condições vinculadas à questão racial.

³² Os Tribunais Regionais Federais foram criados com o advento da Constituição Federal de 1988. Em conformidade com as disposições do artigo 27, § 6º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi editada a Resolução nº 1, de 6 de outubro de 1988 que estabeleceu a sede e jurisdição dos cinco TRF's hoje existentes, a saber: TRF da 1ª Região, com sede no Distrito Federal e jurisdição sobre os Estados de Minas Gerais, Goiás, Bahia, Tocantins, Mato Grosso, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima; TRF da 2ª Região com sede no Rio de Janeiro e jurisdição também sobre o Estado do Espírito Santo; TRF da 3ª Região com sede em São Paulo e jurisdição também sobre o Estado do Mato Grosso do Sul; TRF da 4ª Região com sede em Porto Alegre e jurisdição nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

³³ A Turma de Uniformização de Jurisprudência foi instituída pela Lei nº 10.259/01, que criou os juizados especiais cíveis e criminais da Justiça Federal, competentes para processamento e julgamento de causas da competência da Justiça Federal até o valor de 60 salários mínimos, bem como infrações, também da competência da Justiça Federal, de menor potencial ofensivo. A Turma de Uniformização é competente para apreciar pedido fundado em divergência entre decisões de Turmas de diferentes regiões ou em desacordo com a proferida por súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

bases mantidas por cada um dos cinco Tribunais Regionais Federais, os mesmos critérios de pesquisa foram cotejados em cada uma dessas bases de dados.

Por questões exclusivamente programáticas, o levantamento jurisprudencial foi realizado no mês de janeiro de 2009, visto que era indispensável, de pronto, dimensionar-se o universo de julgados a ser trabalhado, e repetido em maio do mesmo ano, exceção feita à seleção dos julgados relativos às Comunidades remanescentes de quilombos³⁴, que foi efetuado em etapa posterior, no final de 2009. Inicialmente a pesquisa não abarcaria tais julgados. Contudo, ao longo do estudo tornou-se claro que a questão atinente ao reconhecimento de direitos dessas Comunidades estava inserida no universo das decisões selecionadas, pois tem como pressuposto um *status* diretamente vinculado à questão racial. Por esta razão, o lapso temporal das decisões relativas aos quilombolas se estende ao longo do ano de 2009. Destaque-se que não foi fixado um termo inicial de pesquisa para os julgados a serem analisados. Foram selecionados para análise todos os documentos considerados pertinentes que se encontravam disponíveis nos portais nas datas pesquisadas.

Os portais de jurisprudência, tanto do CJF quanto dos Tribunais Regionais Federais, não têm a pretensão de oferecer dados estatísticos e sim fornecer aos consulentes conhecimento acerca da evolução do entendimento das Cortes sobre as matérias de sua competência. Desse modo, os dados coletados não refletem, necessariamente, a totalidade dos julgados sobre as matérias selecionadas em determinado período. Buscou-se, para esse fim, acessar a Tabela Única de Assuntos Processuais da Justiça Federal – TUA, instituída pela Resolução nº 317 do CJF, de 26.03.03, cujas regras de utilização foram consolidadas pela Resolução nº 24 do CJF, de 18.9.08. De logo, cumpre observar que o Manual de utilização da TUA estabelece alguns assuntos padrão, em nível de detalhamento que se pode admitir como básico, e confere ao servidor classificador atribuição para inserir dados outros que melhor identifiquem o processo. Neste passo, a classificação contém um inevitável grau de subjetividade

³⁴ O artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias reconheceu a propriedade definitiva das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades de quilombos e determinou ao Estado a emissão da respectiva titulação.

que não permite conferir aos números a partir da Tabela extraídos certeza absoluta. Acresce a este fato, que o acesso detalhado ao sistema da Tabela não está disponível ao público externo. Exemplificativamente, o portal de estatísticas do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, que abrange territorialmente os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, ainda não disponibiliza acesso externo por assunto dos processos em trâmite na 2ª instância da Justiça Federal e apenas os servidores e magistrados com atuação vinculada ao Tribunal e às Seções Judiciárias respectivas podem extrair relatórios com classificação por matéria dos processos em trâmite na Região. É possível ao público externo obter informações acerca do quantitativo de processos a cargo de cada um dos Desembargadores e Juízes convocados ao Tribunal, sem que se possa extrair relatórios sobre processos julgados por matéria naquela Corte. No portal de estatísticas disponível na *internet* tanto do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, quanto do Conselho de Justiça Federal – CJF, não há meios de extrair informações sobre acervo por assunto julgado ou em trâmite na Justiça Federal. As informações ali contidas restringem-se ao quantitativo de processos, sem orientação para conteúdo. Cabe registrar, ainda, que os demais Tribunais Regionais Federais também não contêm porta de acesso público a relatório por assunto. Todos estes elementos conduzem à impossibilidade prática de acesso ágil a dados seguros quanto ao quantitativo de processos sobre determinada matéria em trâmite na Justiça Federal como um todo. Especialmente no que concerne ao racismo, a TUA contém código específico relativo apenas à questão criminal. Desta feita, apenas servidor ou magistrado está apto a extrair relatório de quantitativo (com a identificação numérica dos processos) de processos criminais pertinentes à questão racial em trâmite em sua região de atuação. Equivale dizer, além da restrição de acesso subjetiva, há uma restrição objetiva, pois o cadastro não abrange, em princípio, processos cíveis em que a causa de pedir envolva a discriminação racial, o que, como se verá, foi identificado no portal de jurisprudência.

Não se ignora o esforço e o avanço que representou a implantação da Tabela Única de Assuntos, que, inclusive, abre flanco para o aprimoramento do sistema e o futuro acesso público aos dados ainda inacessíveis. Mas não se pode deixar de registrar que a dificuldade de acesso aos dados mencionados tem derivações importantes. A sociedade civil organizada em torno das questões raciais, assim

como a comunidade acadêmica, evoca uma resistência contínua do Poder Judiciário em aplicar a legislação antirracismo.³⁵ Esta percepção tem base empírica? No que concerne à Justiça Federal não há acesso seguro a dados sobre os quais se possa laborar, o que, sob uma certa perspectiva, já pode ser considerado um dado de *per si*. O acesso aos portais públicos de transparência da Justiça Federal demonstram ao observador a preocupação sistemática da Administração de todos os Tribunais e dos Conselhos com a produção numérica dos julgadores. De fato, a crescente demanda dirigida ao Poder Judiciário e sua crônica morosidade reclamam atenção com a agilidade no processamento e julgamento dos feitos. Contudo, é cabível a reflexão sobre a pauta de conteúdo e, especialmente, sobre um canal de interlocução com a sociedade para fixação das efetivas prioridades de julgamento. Sem embargo das medidas adotadas para diminuição de acervo, questões nevrálgicas de competência da Justiça Federal remanescem sem possibilidade de enfrentamento imediato, constituindo-se em verdadeiras aporias processuais, ante a inflexibilidade do Poder Público de dialogar com os cidadãos para a composição. Exemplo do que se menciona são as diversas causas de reintegração de posse em trâmite na Seção Judiciária do Rio de Janeiro referentes a imensas áreas públicas, hoje ocupadas por diversas comunidades carentes. Propostas as ações individualmente e pulverizadas por diversas varas, o cumprimento das medidas é, na prática, inexequível. O Poder Público não cuida e se volta para o problema com a dimensão social que tem, limitando-se, nos processos, a atuar com um tecnicismo absolutamente incompatível e imprestável à solução das questões postas, eternizando conflitos que caminham para a insolubilidade. O Judiciário, por seu turno, também não logra lançar mão de ferramentas que permitam a interlocução produtiva. Em geral,

³⁵ Como exemplo, tomemos manifestação do Representante do Centro de Articulação de Populações Marginalizadas (CEAP), Ivanir dos Santos, em declaração ao jornal Folha de São Paulo na edição de 13.10.01; pesquisa sobre o conhecimento pessoal de casos de discriminação racial na Justiça, levada a efeito pela Fundação Perseu Abramo passível de aferição em SANTOS, G.; SILVA, M. P. (Org.). *Racismo no Brasil: percepções da discriminação e do preconceito racial no século XXI*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2005, assim como PIOVESAN, F.; GUIMARÃES, L. C. R. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. In: *Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/humanos.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2008.

aplica a lei em sua transcendência, inviabilizando uma solução somente possível em um caminho de imanência.

A extração de dados dos portais de jurisprudência também se revelou problemática. Não há uniformidade nos critérios de coleta nos sítios disponibilizados pelos Tribunais Regionais Federais, impondo ao pesquisador a tarefa de descobrir, em cada caso, o meio adequado para delimitação do objeto de pesquisa.³⁶ Para que se tenha noção da dificuldade enfrentada, registre-se, a título de exemplo, que a pesquisa de decisões monocráticas pelo verbete “raça” no Tribunal Regional Federal da 3ª Região acusou 1956 ocorrências, sem que nenhuma delas fosse pertinente ao objeto pesquisado, com o agravante de que a esmagadora maioria sequer continha o verbete indicado, remetendo apenas para verbetes similares. Na pesquisa por decisões monocráticas do Tribunal Regional Federal da 1ª Região o lançamento do verbete ou expressão de pesquisa remete o consulente à página em que consta apenas relação numérica de processos, sem qualquer referência à conteúdo. Assim, é necessário o acesso processo a processo, página a página, para que se verifique a pertinência dos julgados detectados pelo sistema. Tal sistemática onera por demais o ato da pesquisa. O Tribunal da 5ª Região não abastece o sistema de pesquisa pública com decisões monocráticas, o que limita a acessibilidade. A pesquisa fluiu de forma mais acessível no portal de jurisprudência do Tribunal da 4ª Região, na medida em que o acesso à ementa e inteiro teor dos julgados é feita de forma mais direta, com a abertura de menos “janelas”, e o lançamento dos verbetes de pesquisa remetia à verbetes assemelhados, porém pertinentes, a exemplo de negro/ negra.

A seleção dos julgados foi feita por meio da escolha de palavras chave e expressões relacionadas à questão racial, pertinentes à legislação correlata ou vinculadas à questão de reconhecimento concernente à condição do negro. Foram utilizados como critério de pesquisa os verbetes: injúria racial, injúria qualificada,

³⁶ O mesmo problema foi detectado pelo em pesquisa levada a efeito no âmbito dos Tribunais Estaduais pelo Laboratório de Análises Estatísticas, Econômicas e Sociais das Relações Raciais – PAIXÃO, M.; CARVANO, L. M. (Org.). *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil*; 2007-2008. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.laeser.ie.ufrj.br/relatorios_gerais.asp>. Acesso em: 14 dez. 2008

preconceito racial, discriminação racial, racial, racismo, preconceito, “raça”, racial, negro, quilombo e quilombola. O objetivo era detectar julgados nos quais a questão racial ou atinente à situação dos quilombolas fosse objeto da controvérsia e, assim, verificar como o Poder Judiciário Federal, no âmbito da Segunda Instância (Tribunais Regionais Federais e Turmas Recursais) a enfrenta. Foram expurgados do cômputo os documentos que, a despeito de detectados pelos critérios de pesquisa apontados, referiam-se apenas às questões processuais.³⁷ A análise dos julgados não terá como vetor o acerto ou desacerto da decisão, o que implicaria em substituição do critério do julgador pelo do observador, mas sim como e em que medida os julgadores enfrentam a questão racial, tomada em sentido lato, quando esta perpassa as questões postas a julgamento.

A competência da Justiça Federal está fixada no artigo 109 da Constituição Federal e, conseqüentemente, apenas nestes limites as questões afetas à discriminação racial e reconhecimento de direitos podem ser processadas e julgadas por seus Tribunais, seja em grau de recurso, seja nas ações de competência originária, nos termos do artigo 108, que fixa a competência do segundo grau de jurisdição. A seleção de julgados da segunda instância poderia abranger, assim, crimes de racismo praticados por juízes federais de sua área de jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, bem como membros do Ministério Público da União, revisões criminais e ações rescisórias de julgados do próprio Tribunal ou dos juízes federais vinculados à respectiva região, *habeas corpus*, em que a autoridade coatora fosse juiz federal; mandados de segurança, no exercício de competência originária; medidas cautelares³⁸; conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal e recursos de causas decididas pelos juízes federais, anotando-se quanto a este último tópico

³⁷ Os julgados excluídos, embora relacionados a processos do universo estudado, não teciam considerações de conteúdo sobre a questão de interesse. Referiam-se, apenas, a providências de ordem formal.

³⁸ Nos termos do artigo 800 do Código de Processo Civil, as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal. Contudo, dispõe o parágrafo único do artigo que interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.

a competência das Turmas Recursais, quando exercida a jurisdição no âmbito dos Juizados Especiais Federais.³⁹

Os artigos 557 e 558, parágrafo único do Código de Processo Civil, com a redação conferida pela Lei 9.756, de 17.12.98, estabelecem a possibilidade, em situações específicas⁴⁰, de julgamento monocrático de agravos e apelações⁴¹ pelo relator sorteado⁴². Tais julgados não constam do portal de jurisprudência do CJF, que apenas apresenta julgados colegiados. Assim, foram pinçadas diretamente dos portais de jurisprudência mantidos por cada um dos TRF's as decisões monocráticas integrantes do universo delimitado para análise.

Dentre o universo de ações passíveis de serem detectadas, ante a competência dos TRF's, foram localizados 171 processos de natureza cível e 8 criminais. Após esta primeira triagem, passou-se ao exame de conteúdo do material, após o que restaram 134 julgados efetivamente pertinentes ao universo de pesquisa fixado. Neste passo cabe destacar que a análise material dos julgados demonstrou que muitos foram captados pelo sistema de busca porque apesar de não se referirem diretamente à questão do racismo, preconceito, discriminação o reconhecimento de comunidade remanescente de quilombo, continham no

³⁹ O artigo 109, § 3º da Constituição estabelece a competência federal por delegação, fixando a possibilidade de processamento e julgamento de feitos na Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, das causas em que figurar como parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não for sede de vara do juízo federal e, verificada essa condição, permite que a lei preveja tal competência delegada relativamente a causas de outra natureza. Por essa razão, o artigo 108 da Constituição fixa aos Tribunais Regionais Federais a competência para julgar em grau de recurso as causas decididas por juízes estaduais no exercício de competência delegada. No entanto, deve-se registrar que, no que concerne ao racismo, inexistente tal delegação de competência, razão pela qual omitiu-se no texto a possibilidade de localização de julgados dessa natureza.

⁴⁰ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

⁴¹ Outros recursos também estão sujeitos ao sistema de julgamento monocrático. A referência aqui feita é limitada aos recursos de agravo e apelação apenas e tão somente em razão do universo de decisões pesquisadas e a serem analisadas.

⁴² O artigo 548 do Código de Processo Civil, a despeito de conferir certa autonomia aos Tribunais no âmbito de seus regimentos internos, determina que na distribuição dos processos sejam observados os princípios da publicidade, alternatividade e sorteio, com o escopo de garantir o princípio do juiz natural.

chamado *obiter dictum*⁴³, ou razões marginais à decisão, referências afetas a estas matérias.

O exame restringiu-se ao inteiro teor dos acórdãos disponibilizados nos portais de jurisprudências dos Tribunais, não tendo havido consulta aos autos físicos. A identificação das fases precedentes ao julgamento do recurso baseou-se, assim, nos relatórios contidos nos acórdãos.

Os processos cíveis referiam-se, em sua quase totalidade, ao exercício da competência recursal do Tribunal. De notar que a despeito de representarem mais de 90% das ocorrências, os processos cíveis não são necessariamente captados pelo sistema de classificação de assuntos da Justiça Federal, pois, como já mencionado, a Tabela Única de Assuntos apenas contém código específico de classificação para o tema racismo/preconceito relativamente à matéria criminal.

Verifica-se assim que o acesso público a informações acerca dos processos julgados pela Justiça Federal de Segunda Instância reclama aprimoramento, de modo a viabilizar transparência sobre a pauta de conteúdo laborada pelos Tribunais. Se por um lado interessa e é relevante a adoção de mecanismos que acelerem o processamento dos feitos, assim como permitam à sociedade que estabeleça um sistema de cobrança e responsabilização dos agentes públicos em razão do acervo numérico a seu cargo, é também primordial que haja amplo acesso e possibilidade de interlocução a respeito da pauta julgada, o que só é possível por meio do acesso ao conteúdo julgado.

Estabelecida a moldura na qual os julgados puderam ser captados, cumpre pontuar que a análise a ser feita sobre o conteúdo está sujeita às correlatas limitações, destacando-se, em especial, que não se pode concluir que a amostragem colhida espelhe com fidedignidade a pauta de conteúdo do que é julgado pelos Tribunais Federais acerca do universo pesquisado. De todo modo, algumas informações podem ser extraídas, especialmente se for considerado que

⁴³ A propósito veja-se TUCCI, R. C. e. Precedente judicial como fonte de direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2004.

os portais de jurisprudência representam a forma como as Cortes querem se fazer conhecer pela sociedade.

Para viabilizar que a este estudo fossem integradas as informações coletadas nos 134 julgados pesquisados, bem como para melhor fluência da análise, considerou-se imprescindível a elaboração de apêndice, no qual foram inseridos dados dos julgamentos e ao qual se poderá recorrer para o confronto de informações que se fizerem necessárias. Inseriu-se naquele documento a data da decisão em detrimento da data da publicação no Diário Oficial por duas razões. Primeiro para que se tenha acesso ao período em que se formou o entendimento na Corte; segundo porque a informação referente ao Diário Oficial se apresentaria sem maior utilidade, na medida em que sua utilização como fonte de referência apenas conferiria acesso à ementa do julgado, visto que o inteiro teor dos acórdãos e decisões utilizados encontra-se disponível nos portais de jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais. Em sua elaboração buscou-se extrair informações não somente das ementas, que sintetizam os fundamentos e resultado do julgamento, mas também dos votos proferidos.

Foi elaborado, também, um quadro resumo dos resultados dos julgamentos por tema. No que concerne ao sistema de cotas para ingresso nas universidades, considerou-se o critério binário contra/a favor, tomando-se como contra aqueles julgados que afastaram o sistema de cotas instituído pelas instituições de ensino e a favor aqueles que o mantiveram. Relativamente às comunidades dos remanescentes dos quilombos reconhecidas ou em processo de reconhecimento, considerou-se contrário ou favorável o julgado que rejeitou ou acolheu, respectivamente, a pretensão apresentada pela comunidade ou pelo INCRA, Fundação Palmares e/ou Ministério Público Federal em seu benefício, bem como, ao revés, o julgado que acolheu pretensão dirigida em face da comunidade ou dessas entidades quando no exercício da defesa dos interesses da comunidade. As demais matérias ventiladas estão suficientemente explicitadas no referido quadro resumo.

4.3.

Os julgados captados – o que se julgou

A concentração temática de decisões é indiciária da tensão que é levada ao Judiciário Federal no universo pesquisado. A questão afeta à adoção do sistema de cotas para ingresso nas Universidades Públicas, juntamente com os conflitos decorrentes da implementação do contido no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que reconheceu a propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes de comunidades dos quilombos, estão entre os julgados mais recorrentes. Ao todo foram captados pelo sistema de busca e seleção utilizado 73 julgados referentes às cotas; 47 envolvendo interesses de comunidades remanescentes de quilombos reconhecidas ou em processo de reconhecimento; 8 relativos à pedidos de dano moral sob alegação de discriminação racial; 1 pertinente à ação em que se pleiteava o reconhecimento judicial da situação de desigualdade social em decorrência da condição de negros dos autores, bem como a declaração de responsabilidade da União pela cultura discriminatória vigente no país; 1 julgado concernente a pedido de direito de resposta em programa televisivo, buscando-se salvaguardar a imagem de religiões de matriz africana e 4 julgados de natureza criminal.

Ao todo foram localizadas 75 decisões monocráticas, todas de natureza cível: 39 no TRF da 1ª Região (10 sobre quilombolas e 29 sobre cotas no ensino); 7 no TRF da 2ª Região (7 sobre quilombolas); 4 no TRF da 3ª Região (3 sobre quilombolas, 1 sobre defesa de patrimônio imaterial) e 25 no TRF da 4ª Região (24 sobre cotas no ensino e 1 referente a comunidade quilombola). A análise dos julgados monocráticos não abrange o Tribunal Regional Federal da 5ª Região porque, como já anotado, esta Corte não possui portal de acesso público com este tipo de informação. No que concerne aos julgados colegiados, a busca captou 59 julgados, assim separados, quantitativamente, por Região: 15 na 1ª Região; 6 na 2ª Região; 4 na 3ª Região, 30 na 4ª Região e 4 na 5ª Região.

Neste ponto são pertinentes algumas considerações acerca da distinção entre os julgados monocráticos e colegiados. O artigo 557 do Código de Processo Civil excepciona a regra do julgamento colegiado em segundo grau de jurisdição, mas

as hipóteses de cabimento são delimitadas. Observa-se que essa modalidade de julgamento, quando pertinente ao mérito, tende a limitar o âmbito de conhecimento do julgador. Dispõe o artigo que na hipótese de improcedência do recurso, ou seja, negativa do mérito do recurso interposto, o relator poderá proferir tal julgamento sem participação do colegiado em caso de manifesta improcedência ou de dissonância entre o recurso e jurisprudência dominante do próprio tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. No que concerne à procedência do recurso, a decisão recorrida é que deve estar em confronto manifesto com jurisprudência dominante ou súmula do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Constata-se, assim, que a margem de exame do julgador monocrático é mais restrita, vez que desenhada legalmente para moldar-se aos pronunciamentos das Cortes Superiores. Assim, considera-se útil análise em separado dos julgados em colegiado, daqueles proferidos monocraticamente para que se verifique a ocorrência, ou não, de alterações no padrão de julgamento.

José Carlos Barbosa Moreira anota que a ampliação das hipóteses de julgamento monocrático⁴⁴ introduzidas pela Lei 9.756/98 teve por escopo evidente reduzir a carga de trabalho dos órgãos colegiados dos Tribunais. A possibilidade de julgamento monocrático favorável ao recorrente, assim, teria por condão diminuir o acervo de processos a serem submetidos à apreciação das Turmas e Seções, prestigiando-se a celeridade. No entanto, tal estratégia tem efeito, que sequer pode ser tido como colateral, mas direto, qual seja, o fortalecimento da jurisprudência dominante das Cortes Superiores em detrimento do julgamento singular de primeira instância. Acresce, ainda, que os critérios fixados para o julgamento monocrático concedem ao Relator do processo um certo grau de discricionariedade no que concerne aos julgamentos de improcedência, ou seja, rejeição de mérito dos recursos interpostos. Veja-se que o artigo 557 estabelece a possibilidade de negativa de seguimento a recurso *manifestamente* improcedente. No dizer de Barbosa Moreira, o advérbio deve constar “como recomendação aos

⁴⁴ Registre-se que a Lei 9.139, de 30.11.95, já havia previsto a possibilidade de negativa de seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior. A lei 8.038, de 28.5.90 estabeleceu, também, disciplina própria neste sentido no que concerne aos processos em trâmite no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

relatores para que exercitem com comedimento a atribuição que se lhes defere (...).⁴⁵ Não há como ignorar, no entanto, que o aparato estabelecido é condizente com uma estrutura que privilegia de forma transcendente a solução do conflito. A despeito de as razões das partes estarem encartadas no caderno processual e serem consideradas na decisão, há inegável concentração de poder nesta espécie de julgamento, que não se dá em público, subtrai das partes a possibilidade de sustentação oral de suas razões perante a Corte e limita o debate. Neste sentido, uma alargada competência do Relator para definir o que se coloca como *manifestamente* improcedente pode aproximar-se de uma atuação que chama a si o poder de definir o significado do direito, sem que tal atuação esteja necessariamente calcada no processo de significação que emana dos agenciamentos.⁴⁶

O julgamento monocrático também abrange as decisões proferidas no âmbito do exame preliminar acerca da necessidade de suspensão imediata da decisão atacada pelo recurso interposto ou, de outro viés, de concessão da tutela recursal, equivale dizer, pelo deferimento do bem da vida perseguido por meio do recurso interposto e negado pela Primeira Instância. O artigo 558 do Código de Processo Civil estabelece as hipóteses, aplicáveis ao Agravo e à Apelação, em que o Relator poderá suspender o cumprimento da decisão atacada até o pronunciamento do Colegiado. Por outro turno, o artigo 557, III do mesmo Código fixa a possibilidade de antecipação da tutela recursal. Tal dispositivo, introduzido pela Lei 10.532/2001 sedimentou a possibilidade de concessão do chamado efeito suspensivo ativo.⁴⁷

No que concerne aos julgados monocráticos, observa-se, de pronto, que os Julgadores exerceram de forma restrita a competência conferida pelo artigo 557 do Código de Processo Civil, prestigiando, em regra, o julgamento colegiado. Do

⁴⁵ MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 680, 2008.

⁴⁶ De notar que a questão apontada no que concerne ao julgamento monocrático espalha-se por toda a legislação processual, que tem se consolidado por diversos mecanismos no sentido de tornar imperativas para as instâncias primeiras os pronunciamentos dos Tribunais Superiores.

⁴⁷ Sobre as alterações no regime de suspensão de efeitos e concessão de tutela recursal veja-se em MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 697-691, 2008.

total, apenas 8 recursos foram julgados monocraticamente, todos referentes a adoção de cotas para ingresso em Universidades Públicas Federais, 3 do TRF da 1ª Região e 8 do TRF da 4ª Região. Neste padrão de julgamento, constata-se, no entanto, uma certa dificuldade do observador em identificar o critério adotado pelos Julgadores para optar pelo julgamento monocrático ou colegiado. Todos os 8 julgados fundamentam a competência para julgamento monocrático em razão de os recursos estarem em confronto com jurisprudência dominante dos respectivos Tribunais. Enquanto no TRF da 1ª Região todos os resultados consideraram legítimo o sistema de cotas, no TRF da 4ª Região, um deles julgou ilegal o sistema, registrando-se quanto a esta última Corte que as decisões concentram-se em lapso temporal de cerca de um ano.

Os julgados que acolhem e sustentam o sistema de cotas, de ambos os Tribunais mencionados, indicam os precedentes nos quais se baseiam, porém não há como identificar, a razão pela qual estes, e não outros, foram decididos sem o Colegiado, ante o volume de decisões que conferiram efeito suspensivo a recursos para garantir a eficácia do sistema de cotas, registrando-se que o sistema de busca não detectou julgados colegiados relativos a cotas relativamente ao TRF da 1ª Região. A análise dos pedidos de suspensão de segurança⁴⁸ também não lança maiores luzes sobre a questão ao observador. Isto porque há no portal duas espécies de decisões, na 1ª Região, diametralmente opostas, relativas a diferentes Presidentes em exercício na Corte, porém em interregno de tempo de cerca de um ano. A decisão que rejeita o sistema de cotas prestigia decisão da Corte Especial do Tribunal no sentido de que a Constituição não permite discriminação de “raça”, sexo, cor ou idade, positiva ou negativa. Na inexistência de lei, não haveria como sustentar essa discriminação. No entanto, as decisões mais recentes do Tribunal apontam para o acolhimento do sistema de cotas, em geral sob o

⁴⁸ O instituto da suspensão de segurança, inicialmente previsto na Lei 4.384, de 26.6.1966 e hoje regulado pelo artigo 15 da Lei 12.016, de 7.8.2010, que estabeleceu nova disciplina para o mandado de segurança individual e coletivo, tem por escopo permitir que o Poder Público apresente ao Presidente da Corte competente para apreciação do recurso, pedido de suspensão de sentença ou liminar que represente grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Cabe notar que o artigo 4º, § 4º da Lei 8.437, de 30. 6.1992 ampliou a possibilidade de suspensão a ações de outra natureza. Tais medidas se inserem no âmbito de um verdadeiro sistema especial passível de identificação no direito processual, que estabelece normas específicas e favoráveis ao Poder Público em juízo. A respeito das intersecções entre o regime da suspensão de segurança e daquele fixado pela Lei 8.437/1992, bem como para uma visão crítica do que denomina “direito processual público”, corte específico no seio no direito processual, consulte-se BUENO, C. S. *O Poder Público em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

fundamento de que a Constituição Federal alberga a efetivação da igualdade material e que a instituição de tal forma de ingresso no ensino superior insere-se no âmbito da autonomia universitária.

A leitura do inteiro teor dos acórdãos indicou que os sistemas de cotas raciais levados ao exame dos TRF's continham um elemento social a ele conjugado, a saber, o requisito de o aluno ter estudado por período predeterminado no curso do ensino fundamental e/ou médio na rede pública de ensino, bem como estabeleciam uma cota exclusiva para os egressos da rede pública, independentemente de sua origem racial. As impugnações apresentadas ao sistema, de uma forma geral, dirigiram-se a impugnar o sistema como um todo. Os impugnantes pretendiam que as vagas reservadas fossem incluídas no rol das vagas do chamado acesso universal. Foram excluídos do universo pesquisado os julgados em que apenas a questão do ensino público era objeto de questionamento.

No âmbito do TRF da 4ª Região, onde foram captados 45 julgados atinentes ao sistema de cotas, o conjunto das decisões aponta a forte tendência da Corte em rejeitar as impugnações ao sistema, seja pelo reconhecimento da necessidade de realização da igualdade material, seja pelo prestígio à autonomia universitária. Contudo, a tendência está longe de apontar unanimidade. É possível observar no anexo, que há diversos julgamentos colegiados em que o sistema foi mantido por maioria, ou seja, com a existência de votação divergente, bem como há decisões monocráticas recentes afirmando a necessidade de manutenção do exclusivo acesso universal, tudo a demonstrar como a questão é tensionada.

A fundamentação dos votos condutores dos acórdãos, em ambos os sentidos, enfrentam o fator “raça”, sem contorná-los por eufemismos. Neste sentido, tome-se, como exemplo, o voto condutor do Agravo nº 2009.04.00.003536-4, no qual afirmou-se que o critério racial não poderia ser adotado como fator de *discrímen* para o estabelecimento de cotas. Neste julgado, afirmou-se o caráter discriminatório da adoção do critério fenotípico, que franqueia as vagas reservadas aos que parecem pertencer à raça negra e não aos integrantes da raça negra. Em sentido oposto seguem os termos da fundamentação

do Agravo nº 2005.04.01.012945-3. Neste considerou-se o fenótipo, em detrimento do fator genético, como fator legítimo de classificação para os fins em debate. O fator “raça” exsurge, assim, como uma categoria necessária ao exame da controvérsia posta.

Outra questão que emana dos julgados é pertinente ao racismo. Embora não enfrentada sob esta denominação, diversos julgados, ao analisar a questão atinente ao princípio da igualdade, tido por violado pelos impugnantes do sistema de cotas, afirma a impossibilidade de fixação da reserva de vagas em razão da necessidade de tratamento igualitário entre negros e brancos, sob pena de instalação de indevida discriminação. O tema aparece, também, nos julgados em que se considera discriminatória a adoção de critérios raciais para as cotas, determinando que as vagas sob este critério reservadas sejam computadas aos cotistas egressos do ensino público.

Alguns julgados apontam a preocupação de sintonizar as manifestações da Corte aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no que concerne à discriminação⁴⁹, não sendo, no entanto, a regra, que os pronunciamentos se pautem nos tratados internalizados e integrantes da legislação que cuidam da matéria.

Os processos envolvendo as comunidades remanescentes de quilombos ou em processo de reconhecimento também parecem representar ponto de tensão social que aflui ao Judiciário Federal. As demandas são de natureza variada, desde ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal pugnando pela salvaguarda dos interesses dessas comunidades, até ações possessórias em que o confronto entre proprietários rurais, pessoas físicas e jurídicas, e as comunidades pleiteantes do território afirmado como pertencente às comunidades se insinua flagrante. Um número significativo de julgados refere-se às tentativas de paralisação de processos administrativos de reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação, especialmente sob a alegação de

⁴⁹ A esse propósito veja, a título de exemplo, TRF 4ª Região. Apelação Cível 2008.71.00.002228-0.

inconstitucionalidade/ilegalidade do Decreto 4.887/2003.⁵⁰ Via de regra, as Cortes rejeitam a alegação de inobservância do devido processo legal e de inconstitucionalidade/ilegalidade do Decreto, sendo minoritários, no universo pesquisado, os julgados que acolheram essa argüição. Em geral a questão afeta à inconstitucionalidade/ilegalidade do Decreto só surge como reforço de argumentação, quando outras questões estão em pauta para indeferimento das pretensões da comunidade.⁵¹

Um óbice detectado nos embates envolvendo as comunidades quilombolas, especialmente para o acesso liminar ou sua manutenção na terra, diz respeito ao reconhecimento do *status* de remanescentes de quilombos, visto que diversos julgados apontam para a necessidade de laudo judicial sujeito ao contraditório. A condição de ocupante do território ou mesmo a descendência é ponto nevrálgico nos julgamentos. Em alguns casos, mesmo a existência de laudo produzido pela comunidade universitária não se apresentou suficiente para a Corte.⁵²

Ainda sobre a configuração do *status* de remanescente de quilombo, outro ponto de tensão diz para com a disputa acerca do conceito de quilombo. A questão perpassa a interseção do direito com outros saberes e absorção de seu conteúdo. A legislação escravocrata considerava quilombo qualquer grupamento de cinco negros.⁵³ Alguns julgados, ainda que admitindo que o conceito legal de quilombo não pode ser dissociado de seu conceito histórico, vinculam a definição do espaço à ocupação por negros fugidos, considerando ser este o cerne comum às definições. Em sentido oposto, há aqueles que sustentam que a interpretação do artigo 68 do artigo do ADCT não pode ser feito com a utilização do conceito colonial sob pena de malferimento à Constituição. O caráter inclusivo da norma não poderia ser interpretado a partir de uma legislação de caráter penal punitivo e escravocrata. Esta corrente considera, ainda que o conceito de quilombo não era

⁵⁰ O Decreto 4.887, de 20.11.2003, regulamenta o procedimento administrativo de reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

⁵¹ A propósito veja-se, TRF 2ª Região. Suspensão de Segurança 2007.02.01.009858-8.

⁵² Neste sentido veja, a título de exemplo, TRF 1ª Região, Agravo 2005.01.00.030537-6

⁵³ ALENCASTRO, L. F. de. *O trato dos viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

unívoco e que a historiografia moderna indica uma dinâmica dos quilombos que apontaria para um caráter muito mais amplo do que aquele conferido pela legislação Imperial.⁵⁴

O conjunto das decisões aponta, ainda, uma tendência da Justiça Federal de 2ª Instância em prestigiar o processo administrativo de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras dos remanescentes de quilombos, de que trata o Decreto nº 4.887/2003. No entanto, no que tange às contendas possessórias referentes à esse mesmo universo as decisões das Cortes têm sido acentuadamente desfavoráveis a essas comunidades. No que se refere à titulação de terras para essas comunidades, apenas um julgado foi localizado, conforme consta do apêndice.

Os julgados envolvendo pedidos de dano moral sob a alegação de discriminação racial apresentaram-se em numero reduzido, comparativamente às demandas de cotas e de quilombolas. Em numero de 8, parecem ratificar, não só o senso comum, como reclamos de alguns segmentos da sociedade⁵⁵, que evocam a resistência do Judiciário em reconhecer como relevantes os reclamos dessa natureza. Em 5 julgados as Cortes afirmaram a inexistência de dano e/ou ausência de prova da discriminação, registrando-se que alguns julgados fazem referência expressa à inexistência de agressão verbal explícita com referência à “raça” a caracterizar a discriminação racial. Em 3 julgados houve condenação em Primeira Instância, mantida pelos Tribunais. Em dois deles o valor da condenação foi mantido, em um o valor foi reduzido, a despeito de haver recurso das vítimas em todos para majoração da condenação, todos foram rejeitados. A questão da prova aparece assim como problemática nesta espécie de processo, valendo, a propósito, citar trecho de julgado, não incluso no universo de pesquisa em razão do marco temporal fixado, porém pertinente no que concerne ao objeto:

Exigir que a apelante provasse de forma inequívoca tais ofensas constitui, sem dúvidas, verdadeira prova diabólica. No caso em exame, a apelante teria que pautar

⁵⁴ Por uma interpretação restritiva veja-se, a título de exemplo, TRF 2ª Região, Apelação Cível 1998.51.01.0099324. Em sentido oposto, TRF 4ª Região, Agravo de Instrumento 2008.04.00.034037-5

⁵⁵ Acerca da infetividade da legislação antidiscriminatória veja-se a referência na nota 57.

todo o fato constitutivo de seu direito nos depoimentos de funcionários do próprio INSS, que têm interesse direto na improcedência de seu pedido. É como a valoração da prova deve ser flexibilizada no caso de estupro, por exemplo, em que o depoimento pessoal da vítima tem mais peso na valoração da prova. No caso dos atos discriminatórios, preconceituosos e ofensivos, um início de prova que envereda para a comprovação dos fatos já é suficiente para emergir em juízo de convicção positivo. Enfoque contrário deixaria indenadas todas as vítimas desse tipo de ofensa.⁵⁶

Merece referência o julgado do Agravo 2005.03.00.028432-0, do TRF 3ª Região, relativo a pedido de direito de resposta. Cuida-se de um dos poucos processos coletivos, promovidos por Associação Civil, envolvendo a defesa de patrimônio imaterial. O recurso teve por objeto examinar decisão proferida em ação civil pública que garantiu direito de resposta coletivo, diante de eventual preconceito e discriminação racial praticado em programas religiosos televisionados. O Julgador Monocrático manteve os efeitos da decisão liminar deferida em Primeira Instância, considerando que programas veiculados pelo Recorrente, cuja transcrição foram levadas aos autos, continham ataques às religiões de matriz africana e às pessoas que as praticam. Sem negar seus ritos, pois os reproduzem, os programas afirmam que nos terreiros os seguidores praticam o mal, a feitiçaria, a bruxaria, justificando, assim, a manutenção da decisão atacada. Afirmou-se na decisão que o exercício do direito de resposta, se negado pelo autor das ofensas, deve ser tutelado pelo Poder Judiciário.

Por fim, cabe referir a detecção de 4 julgados criminais. Em nenhum deles houve condenação em Segunda Instância. Observa-se nestes julgados, a tendência das Cortes em minorar o impacto concreto de certas condutas no que concerne à incidência da norma penal. Embora se pontue o caráter odioso do racismo e de condutas que se amoldem ao tipo legal, à vista do caso concreto o discurso não parece ter o mesmo peso.

A Representação Criminal 2002.01.00.0087704-4, arquivada pelo TRF da 1ª Região, refere-se a pedido de particular para que sejam encaminhadas peças ao Ministério Público Federal para oferecimento de denúncia contra Juiz Federal, Procuradores da República e Advogado, pela prática dos crimes de tortura,

⁵⁶ TRF 2ª Região. Apelação Cível 2005.51.07.000939-7. DJU 2.9.2009. p. 169.

racismo, denúncia caluniosa e abuso de autoridade, sob a alegação de que ao prestar depoimento como testemunha em ação penal fora preso em flagrante por falso testemunho, bem como que fora sujeito a tratamento desumano pelo longo período em que teve que prestar testemunho. Sem embargo da análise fática desenvolvida pela Corte, e só a ela possível à vista dos elementos dos autos, impende notar que a relatoria tece longas considerações acerca da psique do Requerente como se fosse este, e não os fatos expostos, que estivesse sob julgamento. Registre-se que a Corte, em debate, determina a remessa dos autos à Corregedoria para apuração de eventual conduta irregular na condução do depoimento do Requerente, visto que há alegação de que teria sido submetido há mais de doze horas de testemunho sem acesso à alimentação ou necessidades básicas.

No âmbito do TRF da 4ª Região, há dois julgados, ambos no âmbito da competência recursal da Corte. A Apelação Criminal nº 96.04.19980-3 refere-se à impugnação de sentença que absolveu os réus da prática de crime contra a segurança nacional, visto que, em tese, praticaram atos visando à separação do Rio Grande do Sul e os condenaram pela prática de crime racial, pois no "programa ideológico do Governo da República do Pampa Gaúcho" incluíram frases ofensivas a pessoas da "raça" negra. Relativamente ao crime contra a segurança nacional, o Tribunal considerou inexistir carga de nocividade passível de conferir tipicidade delitiva, pois em sua empreitada separatista o Réu não aconselha luta armada ou desobediência civil. Quanto ao crime de racismo, por maioria, considerou que as assertivas no sentido de conclamar os negros à melhoria não tiveram o condão de ofender a "raça" negra, nem o ânimo de pregar o racismo. Do corpo do inteiro teor do acórdão, extrai-se algumas assertivas do Réu que constituíram o cerne da controvérsia no julgamento:

- b) O negro deve partir em busca de novos conhecimentos e abandonar costumes e hábitos puramente medievais;
- c) O negro não deve rebaixar-se diante das outras raças ao pretender insistir em cultivar sistemas e folclores um tanto primitivos, que na verdade só servem para satisfazer os anseios dos brancos retrógrados;
- d) o negro deve assumir compromissos para com a vida, procurando andar de forma reta, tendo bons modos, aprender cada vez mais a assegurar seus filhos;
- e) o negro deve abandonar seus temores e credulidades e investir em cultura que o engrandeça e que não o prenda aos sistemas ultrapassados;

(...)

i) O negro deve aprender a ser mais caprichoso e não jogar o seu salário fora em muitas ocasiões;

(...)

k) O negro deve orgulhar-se de sua raça e buscar na sua própria gente o seu companheiro ou a sua companheira de vida;

Se, por um lado, defendeu-se nos debates que antecederam o julgamento, que o menosprezo da cultura alheia é uma humilhação aviltante, e que as expressões usadas pelo Réu continham forte teor de preconceito, por outro, e esta foi a tese vencedora, afirmou-se a inexistência de potencial ofensivo. Embora unissonamente afirmando a existência de racismo no Brasil e a necessidade de extirpá-lo, vicejou o entendimento de que os dizeres do Réu se apresentavam ingênuos, atrasados e românticos, incapazes, assim, de formatar o verbo nuclear do tipo praticar racismo.

A Apelação Criminal nº 2000.70.02.000042-1 concerne à impugnação de sentença que condenou o réu pela prática do crime de injúria qualificada, pela utilização de elemento referente a “raça” e cor, em que figurava como vítima Delegado de Polícia Federal. O Tribunal, por maioria, considerou que não havia prova suficiente da injúria. O inteiro teor do acórdão revela, na Primeira Instância, a resistência do Réu em submeter-se ao procedimento criminal, ante as dificuldades e entraves narrados no processamento do feito. A hipótese envolvia ofensa que teria sido desferida por Advogado contra o Delegado quando aquele buscava informações acerca de inquérito policial por este presidido. A denúncia, cujo trecho foi transcrito no relatório do acórdão, noticia que o denunciado teria indagado com tom de chacota no recinto de Delegacia da Polícia Federal “*se havia um delegado negão*”. Conforme o entendimento da Relatora, que restou vencida, a prova dos autos indicou ser destituída de fundamento a tese da defesa de que a representação da vítima se deu por retaliação. Considerou a Julgadora que na qualidade de ofendido, o funcionário público, atingido em sua honra no local de suas atividades, em razão de seu trabalho, atuou como previsto em lei. Afirmou, ainda, que tudo indicava que a intenção do ofensor foi a de desprestigiar funcionário público em razão de sua “raça”. De notar os fundamentos da rejeição de recurso interposto pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo, em favor do denunciado, afirmando, a inexistência de ofensa e o interesse

dos advogados paulistas na absolvição do acusado. No dizer daquela entidade, preconceito, se houve, partiu do próprio ofendido, está inscrito na alma da vítima, pois não haveria ofensa se uma pessoa fosse chamada de “Delegado Brancão”. Aos argumentos, a Julgadora contrapôs sua irrelevância para o caso em exame, precipuamente por estar o denunciado sendo julgado por crime de injúria e não de racismo. A vítima não repudiou sua própria cor, mas a agressão à sua dignidade. Sagrou-se vencedora, no entanto, a tese inscrita no voto do Revisor que considerou não suficientemente provado o dolo específico de ofender. Confrontando depoimentos, considerou que o denunciado pode ter sido induzido a erro em considerar a existência de um Delegado de sobrenome Negrão. Afirmou o Julgador, no que foi acompanhado pela Corte, a inexistência de um juízo de certeza acerca do elemento subjetivo específico do tipo penal em questão.

No TRF 5ª Região é de notar a Ação Penal Privada nº 98.05.14602-2, de competência originária da Corte, referente à queixa-crime oferecida contra juiz federal pela prática de injúria qualificada pela utilização de elemento referente à “raça” - Art. 140, § 3º Código Penal. A Turma julgadora considerou que a perfeição de qualquer um dos crimes contra a honra tem como pressuposto subjetivo o dolo de injuriar, o manifesto interesse de atribuir ao pretense ofendido predicados que lhe diminuam em sua dignidade ou lhe ofendam o decoro e, dessa forma, instrumentalizar ditas ofensas com a utilização de elementos negativos referentes à raça e a cor. A sequencia dos fatos revelou que desde o fim da relação matrimonial do querelado com a filha do querelante, as partes conduziram-se a situação de descontrole que reverberou no restante da família. Afirmou-se que comportamento de ofensor e ofendido era fruto da situação de descontrole emocional em que se encontravam, e neste cenário é que se deram as ofensas. “A responsabilidade penal de cobrar como conduta penal é aquela que é assumida pelo réu dentro de uma capacidade amadurecida de escolha de conduta e conhecimento de ilicitude”.⁵⁷

Sem ignorar que o universo analisado é qualitativo e não pode ser tomado como expressão estatística da produção das Cortes sobre as matérias em exame,

⁵⁷ TRF 5ª Região, julgado citado.

problemas vulgarmente reportados sobre o Poder Judiciário e a aplicação de normas antidiscriminatórias parecem se verificar na Justiça Federal de Segunda Instância. No que concerne a pedidos de indenização por danos morais, a dificuldade relativamente à prova do fato se fez notar, cabendo pontuar a referência de alguns julgados, quanto à ausência de menção verbal expressa do agressor que identificasse a discriminação racial. A menção, aparentemente sutil, merece atenção, ante as especiais características do racismo nacional, que, vergonhoso de si mesmo, manifesta-se, em geral, de forma insidiosa.

Sob o aspecto penal, a ausência de condenações reverbera o debate acerca da eficácia da legislação penal no combate à discriminação. Convém, para o exame deste ponto, que se abstraia as hipóteses, em que houve absolvição por unanimidade, concentrando-se o foco sobre os casos de absolvição por maioria em que há debate sobre a configuração das condutas nos tipos penais previstos. O exame dos casos demonstra que prevalece o entendimento que minora o desvalor da ofensa ao bem protegido pela lei antidiscriminatória, considerando, em algumas situações, a sanção penal por demais pesada para a situação.

Katia Elenise Oliveira Silva anota a ineficácia das leis penais antidiscriminatórias. No dizer da autora, a opção do constituinte de 1988 em criminalizar o racismo correspondeu a uma resposta à pressão popular, especialmente dos movimentos negros por mudanças, visto que no regime anterior a prática era considerada apenas contravenção penal, sem *status* constitucional. O Estado, ao invés de enfrentar o problema da desigualdade material, “descarregou toda a carga legislativa no Direito Penal, cancelando o princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio*.”⁵⁸ A autora considera, ainda, que as condenações são poucas porque como a prática de condutas discriminatórias é uma constante na sociedade brasileira o juiz tende a não aplicar todo o peso da lei sobre aquele que foi pego, por sabê-lo um entre muitos.

Se a análise da autora vale como diagnóstico, não tem o mesmo destino como prescrição. O direito penal pauta-se pelos princípios da intervenção mínima

⁵⁸ SILVA, K. E. O. *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 99.

e da fragmentariedade⁵⁹. Se por, um lado, tais princípios excluem da sanção penal bens jurídicos considerados não relevantes, por outro determinam que aqueles eleitos como passíveis de tutela devem ser devidamente protegidos por esse meio. Dessa forma, ao que parece, a ineficácia da legislação penal antidiscriminatória não decorre do meio eleito, mas da atuação do aplicador.

No que concerne às demandas que envolvem políticas promocionais, o embate nas Cortes é intenso. A análise dos votos demonstra que a discussão sobre a existência de racismo no Brasil está na pauta de muitos Julgadores, bem como o tema do racialismo e sua conotação racista, ainda que assim não nominado.

Nos conflitos que envolvem as comunidades de remanescentes de quilombos reconhecidas ou em processo de reconhecimento, a questão atinente à definição parece surgir mitigada, sob o maior valor conferido aos laudos produzidos em Juízo em detrimento de outros administrativamente existentes para garantir em caráter antecipado o acesso e permanência na terra. O Decreto 4.887/2003 estabelece a autodefinição como critério de definição dos remanescentes das comunidades de quilombos. De destacar que há campo de disputa acerca da aplicabilidade aos remanescentes de quilombos do regime da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20.6.2002 e promulgada por meio do Decreto 5.051, de 19.4.2004, a qual privilegia a interlocução dos governos com os povos interessados não só quanto à elaboração como à aplicação do direito, como estabelece a prevalência destes na determinação de seus caminhos, com clara prevalência da subjetividade em sua singularidade.

Descortina-se, assim, por meio dos pontos de tensão identificados, que a questão das singularidades está permanentemente em xeque, embutida e

⁵⁹ Segundo o princípio da intervenção mínima, a tutela do direito penal só deve incidir diante de ataques a bens jurídicos importantes. O princípio da fragmentariedade, corolário daquele, implica em que, comprovada a lesividade e a inadequação da conduta que ofende aos bens eleitos “esses passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária”. In, GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v.1, 2009.

permeando os conflitos que perpassam o aparelho do Estado. Ainda que por via reflexa, as demandas examinadas digam respeito a agenciamentos travados na arena política, em sentido estrito, ao que parece, nem sempre deste ambiente as soluções emanam.