

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

VITOR FARIA MORELATO

**O PROCESSO COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DE UMA JURISDIÇÃO
CONTRAMAJORITÁRIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LUTA POR
RECONHECIMENTO DO NEGRO NO BRASIL**

VITÓRIA – ES
2018

VITOR FARIA MORELATO

**O PROCESSO COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DE UMA JURISDIÇÃO
CONTRAMAJORITÁRIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LUTA POR
RECONHECIMENTO DO NEGRO NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição, orientado pela Professora Doutora Brunela Vieira de Vincenzi.

VITÓRIA – ES
2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

M839p Morelato, Vitor Faria, 1982-
O processo como instrumento viabilizador de uma jurisdição
contramajoritária : uma análise a partir da luta por
reconhecimento do negro no Brasil / Vitor Faria Morelato. – 2018.
162 f.

Orientador: Brunela Vieira de Vincenzi.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Processo civil. 2. Reconhecimento (Filosofia). 3.
Jurisdição. 4. Direito – História. 5. Norma jurídica. I. Vincenzi,
Brunela Vieira de. II. Universidade Federal do Espírito Santo.
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340



ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DO MESTRADO DO ALUNO VITOR FARIA MORELATO

Às 16 horas do dia 21 do mês de maio do ano de 2018, na Sala Multimídia ED V CCJE, campus de Goiabeiras, em Vitória (ES), reuniu-se a Banca Examinadora composta pelos professores Dr^a. Brunela Vieira de Vincenzi (Professora orientadora), Dr^a. Adriana Pereira Campos (PPGDIR/UFES), Dr. Guilherme Assis de Almeida (USP) e Dr^a Cristina Grobério Pazó (UFSB) para a sessão pública de Defesa de Dissertação do mestrando **VITOR FARIA MORELATO**, com o tema: "O PROCESSO COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DE UMA JURISDIÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LUTA POR RECONHECIMENTO DO NEGRO NO BRASIL" Presentes os membros da banca e o examinando, o presidente deu início a sessão, passando a palavra ao aluno; após exposição de 30 minutos por parte do examinando, os membros da banca formularam as suas arguições, as quais foram respondidas pelo aluno: em seguida, o presidente da sessão solicitou que os presentes deixassem a sala para que a banca pudesse deliberar; ao final das deliberações, o presidente da sessão convocou o mestrando e os interessados para ingressarem na sala; com a palavra, o presidente da banca leu a decisão da banca que resultou a:



APROVAÇÃO COM DISTINÇÃO do examinando, pois a banca julgou que a dissertação constitui excepcional contribuição à ciência processual e seu texto está pronto para publicação, embora careça de algumas correções de natureza formal; por fim, o presidente da sessão alertou que o aprovado somente terá direito ao título de Mestre após entrega da versão final de sua dissertação, em papel e meio digital, a Secretaria do Programa e da homologação do resultado da defesa pelo Colegiado Acadêmico do PPGDIR/UFES.

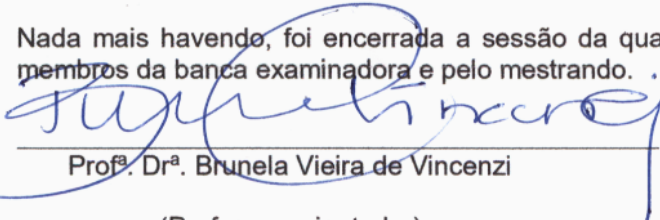


APROVAÇÃO do examinando; por fim, o presidente da sessão alertou que o aprovado somente terá direito ao título de Mestre após entrega da versão final de sua dissertação, em papel e meio digital, a Secretaria do Programa e da homologação do resultado da defesa pelo Colegiado Acadêmico do PPGDIR/UFES.

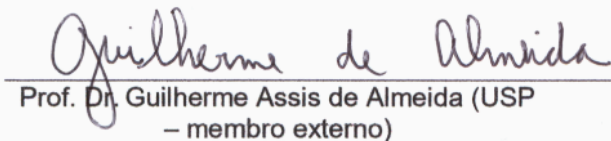


REPROVAÇÃO do examinando; por fim, o presidente da sessão alertou que o aluno deverá verificar no Regimento do PPGDIR/UFES quais os efeitos desta decisão, devendo eventuais requerimentos serem dirigidos por escrito à coordenação do PPGDIR/UFES.

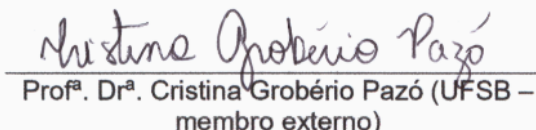
Nada mais havendo, foi encerrada a sessão da qual se lavra a presente ata, que vai assinada pelos membros da banca examinadora e pelo mestrando.


Prof^a. Dr^a. Brunela Vieira de Vincenzi
(Professor orientador)


Prof^a. Dr^a. Adriana Pereira Campos
(PPGDIR/UFES)


Prof. Dr. Guilherme Assis de Almeida (USP
– membro externo)


Mestrando Vitor Faria Morelato
(Mestrando)


Prof^a. Dr^a. Cristina Grobério Pazó (UFSB –
membro externo)

A Alexandra, companheira, mãe, debatedora e revisora,
cujo apoio foi indispensável nessa travessia.

A Eduardo e Henrique, papai ama vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para essa jornada.

Agradeço especialmente à minha família, maior incentivadora e apoiadora para que o Mestrado finalmente fosse uma realidade. A Alexandra, ao me dar o tempo necessário e o amor fortificador para essa empreitada; ao ouvir, problematizar, sugerir e provar que os limites podem ser apenas construtos de nossos medos. Aos meus filhos maravilhosos, Eduardo e Henrique, que suportam as ausências do pai com inesperada maturidade. A Paulo Afonso, Itamar, Angela Marina, Cristiane e, em especial, minha mãe Alcinéia, por estarem tão presentes nas vidas dos meus filhos, contribuindo para seu cuidado e felicidade.

Aos colegas do escritório Guiotto, Leal & Pretti Advogados Associados, que apoiaram a realização do Mestrado e, em momento algum, questionaram ausências.

A Professora Brunela, por abrir as portas da UFES e do pensar crítico que só a filosofia é capaz de dar.

Aos professores Adriana Campos, Hermes Zanetti, Rodrigo Mazzei e Tárek Moussallem, os quais, em suas respectivas disciplinas, contribuíram diretamente para o resultado final dessa dissertação. À Professora Cristina Pazó, e novamente à Professora Adriana, pelas contribuições valiosas dadas na qualificação e pelas sugestões precisas dadas no decorrer do curso. E ao professor Guilherme Almeida, por engrandecer o debate da banca de defesa.

Aos novos amigos que fiz nesse percurso, especialmente os colegas orientandos Arthur, Lara, Ariadi, Diego, Vitor e Pedro, e sempre se mostraram dispostos ao auxílio mútuo, ao debate e à crítica construtiva.

Ao grande apoio recebido com eficácia e paciência dos companheiros do PPGDIR, em especial Fernando e Adriele.

Ainda bem que acabamos com isto. Era tempo. Embora queimemos todas as leis, decretos e avisos, não poderemos acabar com os atos particulares, escrituras e inventários, nem apagar a instituição da História, ou até da Poesia.

Machado de Assis: Memorial de Aires (1908)

RESUMO

A partir da premissa de que o ser humano é um ser social, sua personalidade, e consequentemente os produtos de seu intelecto, surgem e se aperfeiçoam dessa interação. E assim o é com o direito, o qual acaba por refletir o conjunto de valores gerais defendidos por sua sociedade criadora, de modo que o Processo Jurisdicional, como uma de suas instituições internas, terá a função de aplicar diretamente os valores gerais efetivamente praticados por essa sociedade. É no extrato final do agir no processo jurisdicional que se coteja, constrangedoramente, a diferença elementar entre os valores defendidos e aqueles efetivamente praticados, ou seja, é nesse agir que se compreende uma eticidade empiricamente observável. Para se compreender o uso do processo como instrumento de afirmação de um conjunto de práticas de exclusão normalizada, ou, ao seu turno, como instrumento de subversão à ordem imposta e, consequentemente, de uma jurisdição contramajoritária, nos pautamos na base teórica da luta por reconhecimento hegeliana pela visão pós-metafísica de Axel Honneth, e elegemos como elemento empírico de análise, a partir da doutrina em história e sociologia, a luta dos negros por reconhecimento desde o período escravista, dando especial destaque aos atos de luta por meio do processo. A busca por um elemento empírico na história se deu tanto porque concluímos que, teoricamente, não há como garantir *a priori* o uso do processo como uma ferramenta de consolidação ou de subversão à ética, de modo que a própria teoria da luta por reconhecimento, ao antever essa incapacidade da teoria do direito, compreende as vias da historicidade e da sociologia como mais eficazes na medida de uma teoria da justiça. Como conclusão, constatamos que o processo foi, e ainda pode ser, utilizado como ferramenta de uma jurisdição contramajoritária, e, consequentemente, como uma etapa na luta por reconhecimento. Mas a dependência conceitual da norma jurídica à interpretação explica as diferentes decisões sobre matérias idênticas, e não permite concluir que o processo será sempre esse instrumento, fazendo-se necessários outros atos de luta como, em especial, a participação política ativa.

Palavras-chave: Jurisdição contramajoritária; luta por reconhecimento; movimento negro; direito processual.

ABSTRACT

From the premise that the human being is a social being, his personality, and consequently the products of his intellect, arise and are perfected of this interaction. Therefore, it is with law, which ends up reflecting the set of general values defended by its creative society, so that the Jurisdictional Process, as one of its internal institutions, will have the function of directly applying the general values effectively practiced by this society. It is in the final extract of the action in the jurisdictional process that we compare the elementary difference between the defended values and those actually practiced, that is, it is in this action that we understood an empirically observable ethical. In order to understand the use of the process as an instrument of affirmation of a set of practices of normalized exclusion or, in turn, as an instrument of subversion to the imposed order and, consequently, of a counter-majority jurisdiction, we are based on the theoretical basis of Hegelian recognition for the post-metaphysical vision of Axel Honneth. To do so, we chose as empirical element of analysis, from the doctrine in history and sociology, the struggle of the blacks for recognition from the Brazilian slave period, with special emphasis on acts of struggle through the process. The search for an empirical element in history has occurred so much because we conclude that, theoretically, there is no way of previously guarantee the use of the process as a tool of consolidation or subversion to ethics. So that the very theory of the struggle for recognition, to foresee this inability of the theory of law, understands the ways of historicity and sociology as more effective as far as a theory of justice is concerned. As a conclusion, we find that the process was, and still can be, used as a tool of counter-majority jurisdiction, and, consequently, as a step in the struggle for recognition. However, the conceptual dependence of the legal norm on interpretation explains the different decisions on similar matters, and does not allow us to conclude that the process will always be that instrument, necessitating other acts of struggle, such as active political participation in particular.

Key words: counter-majority jurisdiction; struggle for recognition; black movement; procedural law.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 INTERSUBJETIVIDADE, DESRESPEITO, RECONHECIMENTO E LIBERDADE: AXEL HONNETH E A TEORIA CRÍTICA | 16 |
| 1.1 INTERSUBJETIVIDADE E DESRESPEITO: A ORIGEM DE UMA LUTA POR RECONHECIMENTO..... | 17 |
| 1.2 AS PRETENSÕES NORMATIVAS DE HONNETH E AS ALTERAÇÕES DAS BASES EMPÍRICAS DA LUTA POR RECONHECIMENTO..... | 23 |
| 1.3 O RECONHECIMENTO COMO ELEMENTO VIABILIZADOR DE UMA LIBERDADE SOCIAL..... | 27 |
| 1.4 AUTOCONFIANÇA E AUTORRESPEITO ATRAVÉS DO PROCESSO: O CASO DE FORTUNATA E AS AÇÕES DE LIBERTAÇÃO POR ALFORRIA NO SÉCULO XIX ... | 32 |
| 2 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO EFETIVADOR DAS VONTADES DO ESTADO (OU FORMALIZADOR DOS USOS E COSTUMES?). | 41 |
| 2.1 PROCESSO, SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA..... | 42 |
| 2.1.1 <i>O processo sob a égide de uma constituição fruto de movimentos culturais</i> | 43 |
| 2.1.2 <i>Os paradigmas metodológicos (ou modelos teóricos) do direito e do processo</i> | 51 |
| 2.1.2.1 O praxismo pré-moderno e a pluralidade de jurisdições | 52 |
| 2.1.2.2 O <i>processualismo</i> e o enquadramento do Direito como ciência formalista dissociada do conceito de justiça..... | 53 |
| 2.1.2.3 O <i>instrumentalismo</i> , o papel central da jurisdição e o retorno da ligação fundamental entre Direito e justiça..... | 55 |
| 2.1.2.4 O formalismo-valorativo como modelo centrado no conceito democrático de processo e na ponderação entre efetividade e segurança jurídica | 60 |
| 2.1.3 <i>As tentativas oriundas da teoria da argumentação e da hermenêutica</i> | 69 |
| 2.2 A POTENCIAL DISPARIDADE ENTRE OS VALORES CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS E A VONTADE LEGISLADA DECORRENTE DE FORÇAS POLÍTICAS (MAIORIAS EVENTUAIS) | 75 |
| 3 O USO DO PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE LUTA POR RECONHECIMENTO EM CONTEXTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS NEGROS | 86 |

| | |
|---|------------|
| 3.1 A QUEBRA DA FALSA NOÇÃO DE DEMOCRACIA RACIAL E DA IDEIA DO NEGRO ENQUANTO INDIVÍDUO PASSIVO NA HISTÓRIA | 88 |
| 3.2 A NORMALIZAÇÃO DA EXCLUSÃO COMO TENTATIVA DE SOLIDIFICAÇÃO DA ETICIDADE | 92 |
| 3.3 A RENOMEAÇÃO DO MUNDO COMO PRETENSO ENTRAVE AO DESENVOLVIMENTO DA AUTOCONFIANÇA (E AS AÇÕES DE RESISTÊNCIA) . | 101 |
| 3.4 AS IMPRECISÕES CONCEITUAIS DE RAÇA COMO ELEMENTO DIFICULTADOR DA CRIAÇÃO DE UMA IDENTIDADE NEGRA | 111 |
| 3.4.1 <i>Pessoa ou coisa?</i> | 112 |
| 3.4.2 <i>Imprecisões semânticas sobre a raça e suas consequências sociais</i> | 114 |
| 3.5 O REGISTRO DE ESCRAVOS: MEDIDA ESCRAVISTA TORNADA ABOLICIONISTA | 127 |
| 3.6 AVANÇOS DO ORDENAMENTO SOCIAL BRASILEIRO NOS SÉCULOS XX E XXI EM UMA LUTA PERMANENTE POR RECONHECIMENTO | 138 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 151 |
| REFERÊNCIAS | 156 |

INTRODUÇÃO

Desde a primeira infância, o indivíduo é forçado a experimentar a dependência como um elemento de sobrevivência, o que, por meio também das linguagens, faz constituir sua personalidade. Exatamente pela forma de constituição dessa personalidade, a dependência não é confundida com perda de liberdade, mas é elemento de autonomia, ou, nos dizeres de Axel Honneth, de liberdade social. Em síntese, o indivíduo será livre quando adquire condições práticas de realizar seus fins reflexivamente obtidos, o que só é possível no interior de contextos institucionais – como a família, o trabalho, o mercado, por exemplo – onde ele se faz reconhecido. Por meio de uma luta por reconhecimento, o sujeito alcança um estado de estima social, no qual suas peculiaridades são igualmente valoradas – e não apenas toleradas – pela coletividade, sendo visto como membro capaz de ditar rumos e contribuir ativamente para as definições das condutas éticas (HONNETH, 2015, p. 87).

É correto dizer, nessa medida, que o ser humano é social. E da mesma forma que a interação entre pessoas é elemento fundamental para a constituição da personalidade, também o é para o desenvolvimento do conhecimento humano em suas diversas manifestações, dentre as quais o direito, essa expressão humana criada para regular as relações com pretensões teóricas de solucionar conflitos e objetivar certa pacificação social.

O direito, então, se nascido da interação, acaba por refletir o conjunto de valores gerais defendidos por sua sociedade criadora, e, das instituições internas ao direito, caberá ao processo refletir diretamente os valores gerais efetivamente praticados por essa sociedade. É no extrato final do agir no processo jurisdicional que se coteja, constrangedoramente, a diferença elementar entre os valores defendidos e aqueles efetivamente praticados, ou seja, é nesse agir que se compreende uma eticidade empiricamente observável.

Tal dissociação entre valores defendidos em tese e a eticidade é percebida, dentro do direito, ao se analisar um dos seus postulados mais fundamentais, segundo o ordenamento hoje vigente: a igualdade. É por ela que se parte da premissa de que as pessoas devem receber tratamento equânime, ou seja, cada ser humano deve ser considerado e aceito em sua singularidade, de modo que o traço humano que nos liga suplantará as características individuais que naturalmente possuímos e nos diferencia. Não à toa, nossa Constituição compreende o caráter fundamental da igualdade, trazendo-a, por exemplo, como “objetivo

fundamental da República Federativa do Brasil” (incisos III e IV do artigo 3º) e como “direito e garantia fundamental” (*caput* e inciso I do artigo 5º).

Ocorre que, mesmo em termos teóricos, a definição de uma aplicação ideal dos preceitos de igualdade não é precisa, uma vez que se compreende, hoje, que a difusão de normas jurídicas genericamente aplicáveis a todos indistintamente – ou seja, a todos, em princípio, igualmente – historicamente gerou importantes anomalias sociais, como o crescimento do individualismo, a concentração de renda e, em casos mais extremos, situações de conflitos físicos generalizados (KYMLICKA, 2001, 2011).

Nesse contexto, a igualdade ainda é uma meta inalcançada por força das incontáveis situações de desrespeito sofridas por coletividades inteiras, o que fica expressamente constatado quando se analisa a sociedade brasileira sobre a ótica do povo negro, cujos direitos elementares foram culturalmente tolhidos por séculos para que fosse mantida concentração de riquezas e símbolos de poder, repercutindo em uma lógica de exclusão normalizada, naturalizada, até os dias de hoje.

E são vários os exemplos, perceptíveis desde as origens da formação do país. Luiz Felipe Alencastro (2017, p. 106) expõe que do ano 1550 a 1850, 86% dos indivíduos desembarcados em terras brasileiras eram escravos africanos. Eles foram indispensáveis à sustentação dos ciclos econômicos do país – açúcar, ouro e café – e constituem hoje uma maioria demográfica, social e cultural (no censo de 2014, 54% das pessoas se autoidentificaram afrodescendentes), mas são minoria política, pouco representados nas instituições estatais, suas raízes são omitidas nos ciclos educacionais. Atualmente, no país, os negros são as principais vítimas da pobreza: segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 66,2% dos domicílios urbanos situados em favelas são ocupados por famílias negras; e ainda, em 2015, de 100 pessoas assassinadas no país, 71 eram negras; em 2012, o risco de um jovem negro ser vítima de homicídio era 2,6 vezes maior que um jovem branco, ou seja, “há um padrão estruturador de ações da polícia e dos criminosos brancos e negros que faz muito mais vítimas entre os jovens negros” (ALENCASTRO, 2017, p. 106-107).

E ainda, segundo o IBGE, metade da população brasileira é composta por negros ou pardos, mas a renda média deste grupo ainda é de pouco mais que a metade da renda do branco. Para marcar o racismo de forma ainda mais evidente, pesquisas demonstraram que 97% das

pessoas entrevistadas afirmaram não possuir qualquer preconceito de cor, mas quase todas essas pessoas disseram conhecer pessoas próximas preconceituosas (RUFFATO, 2014; OLIVEIRA; LIMA; SANTOS, 1998).

O preconceito contra o negro é, ainda, tão impregnado em nossa cultura, a ponto de, mesmo diante de todas essas disparidades factuais, termos de debater, eventualmente, se ele existe ou não: há uma naturalização, uma ideia ficcional de que, se existir preconceito, ele está no outro (OLIVEIRA; LIMA; SANTOS, 1998). A doutrina identifiadora, ainda hoje, uma retórica difundida no sentido de inserir elementos da cultura negra em nossa sociedade para afirmar a falsa democracia racial (MUNANGA, 2012, p.161), e acrescenta que por séculos, até hoje, a cultura, o corpo, a história e a cor do negro são alienados para fomentar, no próprio negro, o sentimento de inferioridade em relação ao branco. Isso se demonstrou ao longo dos anos por meio da tentativa do negro se igualar ao branco pelo “embranquecimento”, pelo uso das roupas do “colonizador”, do cabelo liso e pela assimilação de sua cultura (MUNANGA, 2012, p.185).

Diante desse cenário de exclusão normalizada, o objeto da presente dissertação parte da análise de como se deu o movimento negro pela construção de sua luta por reconhecimento no Brasil, como etapa necessária à conquista de uma liberdade social, especialmente no campo do direito e, especificamente do processo jurisdicional. Mas, considerando, como visto acima, que o processo é a efetivação de valores generalizáveis pelo direito, é possível concluir que a jurisdição refletirá uma vontade política majoritária, da qual os negros sempre foram excluídos.

A partir desse objeto, definiu-se como objetivo geral analisar o processo jurisdicional como um instrumento de uma jurisdição contramajoritária à luz da teoria crítica de Honneth, amparado pelo elemento empírico da luta por reconhecimento, e de conquista de uma liberdade social do negro no Brasil.

Nesse contexto, os termos “luta por reconhecimento” e “liberdade social”, aqui expostos sob o prisma dos escritos de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, demonstra a forte influência que a filosofia social exerce sobre o presente trabalho, especialmente pelas importantes reconstruções teóricas oriundas da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, especialmente de Axel Honneth, o qual enxerga a luta como etapa necessária à maturação ética das sociedades,

e cujo fundamento teórico se aproxima mais do mundo da vida com a utilização de dados empíricos de variados ramos do conhecimento, especialmente a história, a sociologia, a psicologia e o direito. E por força dessas características, a base teórica eleita para o presente trabalho decorre predominantemente dos escritos de Honneth.

Dito isso, se faz importante expor que o elo entre os elementos teóricos da luta por reconhecimento e do conteúdo jurídico-processual aqui exposto, está na efetivação de uma liberdade social em que o indivíduo se vê como igual frente a seus parceiros de interação, ou seja, se dará destaque à igualdade, a qual também é vista como valor constitucional fundamental aparentemente defendido pela sociedade. O elemento empírico específico, que dará o sustentáculo de realidade ao presente trabalho é a história e a realidade do negro no Brasil.

Nesse sentido, quando relacionamos a luta por reconhecimento à igualdade, estamos nos afastando da análise puramente dogmática do direito, para ampliar o ponto de vista de pesquisa aos olhos da teoria da justiça. E, nesse sentido, seguiremos o caminho metodológico de Honneth, quando em “O direito da liberdade” (2015, p.629-630), entende ser equivocado orientar as teorias da justiça apenas pelo paradigma do direito, “é o caso de se considerar muito mais, em igual medida, a sociologia e a historiografia, já que é inerente a essas disciplinas dirigir sua atenção às mudanças do comportamento moral cotidiano”. Aliás, a própria estrutura metodológica de “O direito da liberdade” enfoca o quanto Honneth utiliza da história e da sociologia como elementos empíricos que dão fundamento às esferas de interação da liberdade social.

Para o alcance dos objetivos traçados na presente dissertação, a utilização da filosofia social, da teoria da justiça, do processo jurisdicional, da história e da sociologia, se deu a partir de levantamento bibliográfico voltado à seleção das principais posições teóricas disponíveis e acessíveis ao pesquisador, as quais foram lidas e analisadas para a construção deste trabalho. Mesmo os casos concretos citados decorrem das narrativas oriundas das pesquisas empíricas feitas pelos historiadores e sociólogos, e detalhadas em suas respectivas obras aqui estudadas e referenciadas.

Com base nessa compreensão, o primeiro capítulo da presente dissertação tem por meta recortar a teoria crítica de Honneth para o que é pertinente ao objetivo do trabalho, trazendo

conceituações fundamentais relacionadas à luta por reconhecimento, intersubjetividade e desrespeito. Por meio da leitura e análise de suas obras, em especial “Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais”, “O eu no nós: reconhecimento como força motriz de grupos” e “O direito da liberdade”, será tratada a base teórica dos conflitos sociais, relacionando-os à teoria do processo jurisdicional, a qual, ao seu turno, dá substancial foco a busca por pacificação e solução de litígios como uma das principais razões de ser da jurisdição. Esse foco no litígio, e a forma como a teoria do processo o trata, será problematizado à luz da inevitabilidade da luta. Ao fim, alcança-se o objetivo específico do capítulo com a adequada exposição das bases da teoria crítica, recortando o que é relevante para o alcance do objetivo geral da dissertação, bem como cotejando essa base teórica com o processo jurisdicional, e com isso concluir-se que o atuar processual é resultado de relações intersubjetivas específicas em uma forma concreta e instrumentalizada dos espaços mediadores de uma inevitável luta, muito mais do que uma materialização concreta de uma vontade abstrata do Estado.

A partir daí se dará detalhamento à tal problematização no segundo capítulo, mas agora sob o foco da dogmática do direito, em que será analisada a dinâmica da racionalização de valores através de um Estado e de normas universalizadas, cotejando-se tanto a dinâmica de racionalização – para constituição da legitimidade social do Estado – como o caminho de aplicação dessas normas pela via do processo jurisdicional. Para tanto, o estudo dos paradigmas metodológicos do processo se faz indispensável, exatamente para se observar que o processo não se sustenta, logicamente, se visto como parte de uma ciência pura sem conexão constante com a realidade, e para observar como se deu o ponto de contato entre normas jurídicas e mundo real – de forma mais ou menos eficaz – no curso da formação dos Estados liberais democráticos.

Nesse segundo capítulo realizou-se levantamento de bibliografias da dogmática do direito e da teoria processual, as quais foram lidas e analisadas para sistematização dos entendimentos de cada autor trabalhado. Como resultado pretendido, ao ver o processo jurisdicional como um instrumento de efetivação de vontades socialmente racionalizadas, é possível compreender, pela teoria do direito, se ele efetivamente, ou ao menos potencialmente, se presta a instrumentalizar uma luta por reconhecimento que defenda valores contrários às vontades políticas majoritárias, as quais moldaram aquele sistema jurídico, ou seja, se pelo menos em tese ele é um instrumento de jurisdição contramajoritária.

Por mais que esses dois primeiros capítulos sejam majoritariamente teóricos, procurar-se-á constantemente aliar as construções lógicas da teoria a exemplos do levantamento empírico realizado por meio da seleção de bibliografia em história e sociologia, como um mecanismo de preparação para o terceiro e último capítulo, em que serão apresentados, predominantemente, os fatos de luta por reconhecimento do negro no Brasil desde a constituição do estado brasileiro. Por fim, é importante esclarecer que, o que denominamos, nesse trabalho, levantamento empírico, trata-se, assim como em Honneth, do levantamento de fatos catalogados e analisados criticamente pelas doutrinas em história e sociologia, por meio da seleção, leitura e análise dessas informações críticas, cotejando-as com a própria filosofia social de Honneth e com a teoria do processo vista no segundo capítulo. Assim, se pretenderá compreender os caminhos da luta e em que medida o processo jurisdicional foi importante para o alcance de uma liberdade social.

1 INTERSUBJETIVIDADE, DESRESPEITO, RECONHECIMENTO E LIBERDADE: AXEL HONNETH E A TEORIA CRÍTICA

Na introdução de “O direito da liberdade”, Axel Honneth (2015, p.16-17), traça como premissa o entendimento segundo o qual as teorias da justiça vigentes até hoje estão alinhadas às ideias de Immanuel Kant, no sentido de que a ordem social é regulada por dispositivos constituídos independentemente das estruturas institucionais existentes. Como resultado, a dogmática do direito, via de regra, pouco discute a legitimidade moral da norma jurídica. E mesmo quando a teoria da justiça de Kant falha, as lacunas são supridas por uma hermenêutica baseada em princípios e estruturas institucionais já existentes ou dominantes, sem se analisar as justificativas ou racionalidades específicas do caso.

A teoria da justiça, então, deve ter a função de formular regras normativas pelas quais pode mensurar a legitimidade moral do ordenamento social, e deve ir além: se reconstruir, sob risco de, com o engessamento, se isolar da eticidade de práticas e instituições que constituem um ordenamento social, o qual não é organizado de regras simplesmente verdadeiras ou falsas, mas legitimado por valores éticos, de ideais dignos de serem buscados (HONNETH, 2015, p.20). Os valores éticos, portanto, constituem a realidade última de toda sociedade, a partir de reproduções materiais e socializações culturais que se organizam “segundo as exigências de normas compartilhadas de maneira comum” (HONNETH, 2015, p.21).

Honneth, então, parte de Georg Wilhelm Friedrich Hegel para sustentar que a justiça não é uma grandeza independente, explicável em si mesma, autônoma; mas sempre estará relacionada a valores. Não há como se assumir um ponto de vista neutro para sinalizar atributos de outra pessoa, uma vez que nossa relação com essa outra pessoa está sempre marcada pelas práticas em que nos encontramos, pelo contexto comum que nos enreda. E acrescenta: se justiça, como exposto por Justiniano, Cícero e Tomás de Aquino, é "a intenção vinculativa e duradoura de dar a cada um o que lhe cabe", Hegel complementa expondo que “dar a cada um o que lhe cabe” está sempre relacionado a tomada de medidas individuais vinculadas a valores éticos que integram a estrutura social, faticamente institucionalizados (HONNETH, 2015, p. 21-22).

O direito, visto como um sistema fechado de normas prescritivas de condutas, tem o potencial de engessar o ordenamento social aos moldes de um ordenamento jurídico pouco mutável, e,

com isso, buscar a uniformização das práticas em detrimento das medidas individuais e da pluralidade de valores éticos. Mas, considerando que se está inserido em um contexto de normas jurídicas constituídas previamente segundo uma estrutura institucional dada, questiona-se, nesta dissertação, se o processo jurisdicional – o qual é classicamente visto como instrumento de efetivação das vontades do Estado (DIDIER, 2015, p.156)¹ – pode ser utilizado para romper com a lógica das estruturas constitutivas.

Para tanto, faz-se necessário desenvolver, antes, conceitos que não se limitem à dogmática processual, mas lhe são determinantes, como intersubjetividade, desrespeito – como elemento que dá origem ao conflito, à lide – reconhecimento e liberdade, o que se fará a partir da teoria crítica de Honneth, cuja base teórica predominante, ao seu turno, são os escritos de Hegel.

1.1 INTERSUBJETIVIDADE E DESRESPEITO: A ORIGEM DE UMA LUTA POR RECONHECIMENTO

Historicamente, o conflito foi compreendido pela doutrina processualista como um resultado natural das interações humanas. Ele foi, por exemplo, elemento vital da teoria do processo com Francesco Carnelutti, ao afirmar que era função primordial da jurisdição compor, de forma justa, a lide. Esta lide, ao seu turno, era conceituada exatamente como um conflito de interesses materializados pela pretensão de alguém que fosse resistida por outro indivíduo. Para a teoria de Carnelutti, a lei colocada em tese, como o direito material, é insuficiente para evitar o litígio, razão pela qual o processo jurisdicional deve exercer sua função elementar de solucioná-lo mediante a criação de uma “lei” específica para as partes, cujo instrumento formal é a sentença (MARINONI, 2012, p. 35).

¹ Um conceito contemporâneo de processo jurisdicional, nascido no momento de uma difusão teórica de se relacionar sistematicamente a Constituição de 1988 e o CPC 2015, pode ser extraído do conceito de jurisdição dado por Didier (2015): “A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)” (DIDIER, 2015, p.153). Segundo o autor, essa definição de jurisdição abrange o conceito moderno do próprio Estado e seus modelos vigentes na atualidade, de modo que o processo jurisdicional é o instrumento que impõe as regras voltadas ao exercício dessa jurisdição. Nesse contexto de jurisdição, contudo, ainda se destaca o elemento de imperatividade, pelo qual o Estado é o único detentor do poder de dizer o direito, ou de delegá-lo (DIDIER, 2015, p.156). Isso pode engessar as esferas de possibilidades reivindicatórias, se feitas pelo direito, aos limites da lei, o que, ao seu turno, pode justificar a limitação do processo como instrumento de reconhecimento de direitos, ou de efetivar regras já promulgadas, mas sistematicamente descumpridas pelo próprio Estado, como se verá no curso deste trabalho.

Mesmo em produções doutrinárias recentes, percebem-se construções teóricas que ratificam o centralismo do conflito nas análises acerca da função do processo, como se vê na resposta de Calmon de Passos (1997, p. 51) ao questionamento que se propõe a analisar: “por que e para que o homem produz o Direito. A única resposta aceitável, a meu ver, é a de que o Direito se fez necessário como técnica civilizadora da solução dos conflitos (inevitáveis) decorrentes da convivência humana”. A simples existência de uma *ordem* – acrescenta o autor – também marca a ação criativa humana, uma vez que ela não é predeterminada, mas fruto de deliberações que refletem uma relevante diversidade de interesses, cujo resultado final é o Direito; este, ao seu turno, está contido no abrangente “espaço da ética”, mas não se confunde com a ética, razão pela qual não lhe cabe “a função de informar e conformar o comportamento humano, em sua dimensão social, sim e exclusivamente a de solucionar os conflitos que decorram dessa convivência e escapam à composição pelos próprios interessados” (CALMON DE PASSOS, 1997, p. 51).

Contemporaneamente, em artigo de opinião, Lênio Streck (2014, p. 1), amplamente citado e ratificado na literatura de Neves (2015, p. 16-19), criticou duramente o novo Código de Processo Civil (CPC) de 2015 – especificamente o artigo 6º que determina o dever de cooperação entre os sujeitos do processo – sob o fundamento de o legislador ter “expungido” Hobbes e Freud da natureza humana; e conclui: “Disputar coisas é uma coisa normal. Não fosse assim não haveria “direito”. Direito é interdição. É opção entre civilização e barbárie”.

Outra gama de autores contemporâneos, por sua vez, ao celebrarem os avanços do Código de Processo Civil de 2015, destaca que o ambiente processual não se resume mais ao conflito autor-réu. O próprio conceito de processo jurisdicional, agora, adota como premissa um complexo conjunto de relações humanas, juridicamente classificadas, “em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público etc.” (DIDIER, 2015, p.32). No entanto, por mais que tal segmento da doutrina compreenda a existência dessas múltiplas relações que atravessam o processo, a origem da atividade jurisdicional ainda é predominantemente associada a um conflito entre autor e réu, naturalmente decorrente das relações humanas, e que demandam a existência de um órgão dotado de autoridade estatal que, de forma heterônoma aos polos conflitantes, irá impor o direito, ou, como assevera a doutrina, talvez de forma eufemística, irá substituir a vontade das partes para determinar “a solução do problema apresentado” (DIDIER, 2015, p. 154).

Vê-se, portanto, da doutrina processualista, que o conflito é um estado natural do ser humano, inclusive com citações diretas a Hobbes enquanto teórico que embasaria a razão de ser do processo moderno. A luta, nesse contexto, é parte inseparável de um estado de natureza. No entanto, a construção da ideia de intersubjetividade em Hegel contrapõe logicamente a conclusão de Hobbes para desconstruir a ideia de que o conflito é um elemento natural, inerente à natureza humana.

É importante pontuar que, ao estudar a gênese do conflito nas condutas humanas no contexto social de meados do século XVII, Hobbes desenvolveu fundamentais obras para a configuração do Estado como observamos hoje nas nações liberais ocidentais, bem como para o rompimento de uma lógica tradicional religiosa – imposta por regras eclesiásticas, “ditadas por Deus” – para uma sociedade moderna, ordenada por Constituições criadas pelas próprias pessoas. Hobbes compreendeu que deveria haver um construto humano superior – séculos depois nomeado Estado – que absorvesse um pouco das liberdades individuais para proporcionar proteção a essas pessoas. Tal proteção decorreria do instinto humano de autopreservação, e seria indispensável à manutenção da paz na medida em que o homem é naturalmente violento (CRISSIUMA, 2013, p. 28).

É fundamental esclarecer, contudo, que o conflito, em Hobbes, não faz relação direta com a selvageria generalizada, decorrente de um estágio de barbárie prévio, como compreende parte da doutrina processualista ao justificar a função do processo. Trata-se, em verdade, de uma prevenção raciocinada ante a suspeita de que o outro agirá de forma violenta, ou seja, é um ato de autoconservação preventiva. Haveria a necessidade, então, de um ente regulador (pelo contrato social) para regular o homem e impedir que ele descambe para um estado de natureza potencialmente violento que surgiria posteriormente à eventual e fictícia subtração de todo órgão de controle político (HONNETH, 2009, p. 34-35)².

Cerca de um século antes de Hobbes, Maquiavel já definia que a fonte motivacional do conflito era o desejo – também inerente ao componente humano – por poder. Nota-se que

² Apenas a título de informação, a chamada “(HONNETH, 2009)”, que se refere à obra “Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais” refere-se à segunda edição do livro, publicada no Brasil em 2009. Tal observação se faz importante na medida em que a primeira edição do livro foi originalmente editada na Alemanha em 1992, e, como será visto nesse primeiro capítulo da dissertação, do ano da edição original até o lançamento da obra “O Direito da Liberdade”, em 2011, Honneth reestruturou suas bases empíricas no desenvolvimento da teoria da intersubjetividade. Como também será visto, no que é pertinente a tal reconstrução, a presente dissertação se baseia na mais atual, presente na obra de 2011.

ambos autores compreendiam a própria natureza humana como previsivelmente violenta, alterando-se apenas a fonte motivacional: inicialmente, em Hobbes, a razão era uma autoconservação preventiva, posteriormente, em Maquiavel, a busca por poder (CRISSIUMA, 2013, p. 28).

Em Hegel, ao seu turno, percebe-se uma guinada na forma de enxergar esse estado de natureza, com importantes repercussões na dinâmica das relações humanas. Isso porque o pensamento hegeliano compreende que o conflito entre homens passou a ser atribuído a impulsos morais, o que conferiu ao "processo da ação de luta o significado específico de um distúrbio e de uma lesão nas relações sociais" (HONNETH, 2009, p. 34-35). O conflito deixa de ser tratado como pressuposto natural, e passa a ser considerado um distúrbio, uma anomalia nas relações humanas.

Essa conclusão foi alcançada porque, para Hegel, o pensamento jusnaturalista nascido com Hobbes – e que deu origem ao direito natural moderno – trazia como equivocado pressuposto a ideia de que a natureza do homem é representada como uma "coleção de disposições egocêntricas", ou, como diz Hegel, "aéticos". Como consequência, no contexto hobbesiano o sujeito teria que reprimir a si antes de tomar atitudes éticas, o que atrai a ideia de indivíduos agrupados, de "muitos associados" (HONNETH, 2009, p. 38-39).

O direito moderno predominantemente tem por base esse pensamento atomístico hobbesiano desenvolvido por Kant e Fichte, segundo o qual o somatório das individualidades – cujo resultado final é um “conceito transcendental de razão prática” – não teria o condão de gerar um “estado de unificação ética entre os homens”, mas geraria a necessidade de existir um “outro estranho” que promovesse essa unificação (HONNETH, 2009, p. 39). Esse “outro estranho” seria, por consequência, o Estado, o qual contaria com o processo jurisdicional como ferramenta de imposição do conteúdo material constituído do somatório das vontades individuais.

Já no parágrafo introdutório de “Resposta à pergunta: o que é o esclarecimento?” Kant (2017 [1783]) pontua a adoção de tal compreensão individualista:

Esclarecimento (Aufklärung) significa a saída do homem de sua minoridade, pela qual ele próprio é responsável. A minoridade é a incapacidade de se servir de seu próprio entendimento sem a tutela de um outro. É a si próprio que se deve atribuir

essa minoridade, uma vez que ela não resulta da falta de entendimento, mas da falta de resolução e de coragem necessárias para utilizar seu entendimento sem a tutela de outro. *Sapere aude!* Tenha a coragem de te servir de teu próprio entendimento, tal é portanto a divisa do Esclarecimento.

Hegel, então, buscou fundamentar uma ciência filosófica da sociedade em separação à noção jusnaturalista de Hobbes – que ele denominava "equivoco atomístico" – demonstrando que a sociedade não era apenas uma "concatenação de indivíduos isolados". Daí ele definir, em sua filosofia política, um estado de totalidade ética, ou seja: "a ideia segundo a qual uma sociedade reconciliada só pode ser entendida de forma adequada como uma comunidade eticamente integrada de cidadãos livres" (HONNETH, 2009, p. 39-40).

Nesse sentido, a vida pública não corresponde ao somatório de restrições dos espaços privados de liberdade, mas "a possibilidade de uma realização da liberdade de todos os indivíduos em particular", cujo elemento mediador são os usos e os costumes comunicativamente exercidos. E, diante da própria observação da ordem social, Hegel compreendia que o todo ético era constituído pelas atividades mediadas pelo mercado e os interesses dos indivíduos particulares (HONNETH, 2009, p. 41).

Além disso, o próprio desenvolvimento da tese de Honneth também desconstrói a ideia individualista hobbesiana ao sustentar empiricamente que, na infância, o próprio "desenvolvimento da autoconsciência depende da existência de um segundo sujeito" (HONNETH, 2009, p. 130), uma mãe e um pai, mesmo que representados em figuras paternas ou maternas não biológicas, e que não correspondam necessária e respectivamente a figuras femininas e masculinas. A dependência humana no outro é elementar na infância, e indispensável à própria sobrevivência do bebê e fundamental para a chegada à idade adulta.

Ocorre que, para que haja a comunicação necessária para a realização da liberdade dos indivíduos em particular, é imprescindível que os membros dessa comunidade sejam reconhecidos. O reconhecimento, então, em Hegel, é um movimento implícito a uma relação ética entre os sujeitos, em uma relação dialética, constante, circular; é o resultado de um processo de relações entre pessoas, que fará com que os sujeitos abandonem e superem as relações éticas que originalmente os limitavam, e pelas quais o sujeito não era visto em sua identidade particular. Honneth, então, apresenta a estrutura da relação de reconhecimento recíproco de Hegel:

“na medida em que se sabe reconhecido por um outro sujeito em algumas de suas capacidades e propriedades e nisso está reconciliado com ele, um sujeito sempre virá a conhecer, ao mesmo tempo, as partes de sua identidade inconfundível e, desse modo, também estará contraposto ao outro novamente como um particular” (HONNETH, 2009, p.47).

No bojo das relações intersubjetivas, o indivíduo se verá reconhecido após o contato com parceiros de interação, quando identificará suas particularidades – marcadas pelas diferenças essenciais percebidas entre ambos – e as particularidades de seus interlocutores; tais diferenças não serão meramente toleradas, mas identificadas como um valor socialmente compartilhado; como resultado, o indivíduo *verá a si mesmo no outro*.

O conflito, a lide, então, nasce quando o resultado de dada interação não resultar no compartilhamento social dos valores inerentemente atribuídos a um indivíduo. Quando o indivíduo não vê suas peculiaridades normalizadas pelos parceiros de interação, não é reconhecido, não é visto como capaz de realizar a própria liberdade. Essa falta de compartilhamento social, essa anomalia no ver a si mesmo no outro, é materializada através de atos diretos de desrespeito, os quais se configuram como estopim da luta por reconhecimento.

Como as relações éticas que envolvem originalmente o sujeito não são suficientes para que ele seja visto e compreendido em sua identidade particular, surge dele a necessidade de luta para que se altere o contexto, e as novas relações éticas superem essa situação geradora de sofrimento. A luta, o conflito, em Hegel, portanto, não decorre da autoconservação individualista de Hobbes, ou do ímpeto por poder em Maquiavel, mas, em verdade: “o conflito prático que se acende entre os sujeitos é por origem um acontecimento ético, na medida em que objetiva o reconhecimento intersubjetivo das dimensões da individualidade humana”; o resultado de tal conflito será o reconhecimento, o qual consistirá, então, “num processo de etapas de reconciliação e de conflito ao mesmo tempo, as quais substituem umas às outras” (HONNETH, 2009, p. 47-48).

Honneth compreende que, para Hegel, apenas pela luta se dá o processo de constituição de uma eticidade absoluta: “só por tais atos de destruição são criadas as relações de reconhecimento eticamente mais maduras, sob cujo pressuposto se pode desenvolver então uma ‘comunidade de cidadãos livres’ efetiva” (HONNETH, 2009, p. 56). Os tais atos de

destruição, efetivados pela luta por reconhecimento, criará a referida comunidade de cidadãos livres, o que contrapõe a ideia kantiana da busca individual por esclarecimento, realizada pelo sujeito que simplesmente decide, por si, sair de sua zona de conforto e preguiça que é a dominação e o controle.

A luta, em Hegel, portanto, não pode ser evitada por um somatório dos indivíduos que atribuem certo poder ao Estado, conseqüentemente não pode ser evitada pelo processo jurisdicional, uma vez que ela é um elemento inerente ao aperfeiçoamento ético individual. Daí é possível afirmar que os instrumentos formais atuais – como o próprio processo jurisdicional – não será eficaz se tiver por escopo *evitar* o conflito, ou mesmo evitar a violência e a autotutela, as quais estarão presentes na medida das etapas de reconhecimento dos sujeitos.

O conflito não pode ser evitado, e invariavelmente sobrecarregará e frustrará as pretensões do ente que atraia para si o dever de resolvê-los de forma exclusiva, e marcará o fracasso do sistema jurídico, por exemplo, exclusivamente centrado no juiz, como será visto no capítulo 2 dessa dissertação. É bem possível raciocinar, então, no sentido de se enxergar o processo jurisdicional como o próprio instrumento do conflito, não de prevenção. Resta saber se ele é bem-sucedido em seu objetivo.

Mas a construção teórica aqui exposta ainda não é suficiente para marcar as potencialidades, ou o fracasso do processo como instrumento de reconhecimento. Para tanto, ainda se faz necessário evoluir no pensamento de Honneth na análise das esferas do reconhecimento, e no papel específico do direito no âmbito de tais esferas.

1.2 AS PRETENSÕES NORMATIVAS DE HONNETH E AS ALTERAÇÕES DAS BASES EMPÍRICAS DA LUTA POR RECONHECIMENTO

Uma vez definida a origem da luta por reconhecimento, coube a Hegel expor a forma como ela se daria. Contudo, antes de se adentrar especificamente neste ponto, faz-se necessário expor uma importante alteração nas bases empíricas adotadas por Honneth entre as obras “Luta por reconhecimento”, originalmente publicada em 1992, e “O direito da liberdade”, originalmente publicado em 2011 (e 2015 no Brasil).

A necessidade da análise desta mudança no desenvolvimento da teoria crítica de Honneth se faz na medida em que elegemos, para a presente dissertação, uma base teórica predominantemente vinculada aos seus escritos. Logo, é imprescindível indicarmos precisamente com qual elemento empírico se está trabalhando no presente texto. E, no caso, a base predominante será a da recente obra “O Direito da Liberdade”.

Ao mesmo tempo, considerando que a própria bibliografia do autor foi normativamente reconstruída pelo próprio com o tempo, sem que os escritos antigos fossem completamente desconsiderados – e, por isso, ainda são substancialmente relevantes – não se faz prudente simplesmente indicar qual será a base teórica da presente dissertação; ao contrário, julgamos importante tecer uma breve explicação sobre o ponto de partida e a chegada da teoria. Assim, será possível compreender sua uniformidade, mesmo diante de uma alteração em sua metodologia.

O ponto de partida de tal explicação é, novamente, Hegel: uma característica marcante do idealismo alemão, e conseqüentemente dos seus escritos, datados do início do século XIX, é estar baseado em preceitos metafísicos. A título de exemplo, o próprio reconhecimento, enquanto estágio do *ver a si mesmo no outro*, é tratado por Hegel como uma propriedade de autodiferenciação que cabe ao “espírito”. Em outro ponto, no que tange às esferas de reconhecimento, Honneth (2009, p. 59-60) destaca que Hegel limitou-se a citá-las, mas não as conceituou apropriadamente.

O objetivo de Honneth, então, enquanto teórico situado em contexto de maior rigor metodológico na constituição das ciências é, a partir de Hegel, desenvolver uma teoria social de teor normativo, ou seja, construído em bases empíricas pós-metafísicas, não meramente especulativas. Para tanto, apresenta a necessidade de perseguir três tarefas fundamentais: primeiramente, ele percebe que Hegel desenvolve tese especulativa, metafísica, pela qual a formação do “Eu prático” apenas *pressupõe* o reconhecimento recíproco entre dois sujeitos, razão pela qual Honneth busca, inicialmente, em sua obra “Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais”, desenvolver a formação desse “eu prático” através dos elementos empíricos da psicologia social; a segunda tarefa é relacionar elementos empíricos também na distinção entre as três esferas de reconhecimento: dedicação emotiva, o direito e a estima social; e a terceira tarefa é apresentar elementos empíricos para a experiência de

desrespeito, necessária para desencadear a luta por reconhecimento (HONNETH, 2009, p. 119).

Como visto acima, um dos objetivos específicos da obra “Luta por reconhecimento” foi conferir bases empíricas ao processo de formação do “Eu prático”, o qual se situará em um contexto social que o moldará e, com o reconhecimento, será moldado por ele. Para tanto, Honneth se valeu da psicologia social de George Herbert Mead, o qual parte do princípio empírico de que a ação de uma pessoa influencia o meio social e vice-versa. Logo, essa interrelação é traço da existência de uma construção psíquica socialmente determinada: o indivíduo reconhecerá o significado de suas ações quando perceber a possibilidade de ser submetido a essas mesmas ações provocadas por outrem. O meio que desencadeia isso, para Mead, é o vocal, a construção de significados, a linguagem: “À constituição de uma consciência de si mesmo está ligado o desenvolvimento da consciência de significados” (HONNETH, 2009, p. 128-129).

A partir desta premissa, Honneth compreende que Mead desenvolveu seu trabalho no sentido de buscar compreender os mecanismos subjetivos, relacionados à psique humana, pelos quais perpassam os indivíduos nas interações. Com base nisso, Honneth relacionou estes estudos à teoria da luta por reconhecimento, concluindo que a intersubjetividade e a luta são resultado desses mecanismos psicológicos.

No entanto, a utilização da psicologia social de Mead por Honneth foi alvo de críticas por parte da doutrina, que negava seu caráter normativo, ou seja, era incapaz de conferir o almejado elemento empírico à intersubjetividade e à luta (CRISSIUMA, 2013, p. 71). A título de exemplo, Nancy Fraser (2003, p. 209-210) fundamenta que a psicologia social limita indevidamente a reflexão sobre as causas da injustiça e os critérios para justificar reivindicações. Uma análise adequada partiria, ao invés: da teoria social, que busca conceituar os tipos de injustiça, suas causas e seus mecanismos de supressão, independentemente de como eles são experienciados; da teoria moral, que propõe identificar normas para julgar reivindicações de justiça, sem restrições pelos ditames da psicologia; e na sociologia política, que analisa as gramáticas normativas hegemônicas que estruturam o conflito e a contestação.³

³ No original: After all, once we reject the idea that experience can serve as the theory's foundation, then moral psychology loses its privileged place. Questions of subjective motivation lose their primacy over questions of social explanation and normative justification, ceasing to limit reflection on the causes of injustice and the criteria for justifying claims. Instead, both of those inquiries regain their relative autonomy. In social theory, we

Honneth compreendeu, então, que a psicologia social não era suficiente para assegurar que o indivíduo absorveu os atos de lesão e desrespeito de sua contraparte como efetivo ato de desrespeito e, ainda, não era suficiente para vincular precisamente o ambiente interno da psique humana aos seus comportamentos efetivamente exteriorizados, ou seja, que os atos práticos de luta realmente têm relação com os atos de lesão (CRISSIUMA, 2013, p. 71). Ao fim, o reconhecimento, ancorado em Mead, “reduzia-se ao ato recíproco de tomada de perspectiva” (HONNETH, 2009).

O elemento empírico sistematizado por Honneth, agora, estará relacionado a práticas sociais, não mais a percepções subjetivas, conforme expõe Ricardo Crissiuma (2013, p. 72-73):

A “conexão” que Honneth irá buscar agora não será mais “entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio” dada por uma “estrutura intersubjetiva da identidade pessoal” fundada em uma antropologia filosófico-naturalista, mas entre “as expectativas subjetivas de reconhecimento e os discursos de justificação praticados socialmente”. Tais expectativas se mostrariam agora desde logo “conotadas de sentido social”, pois seu teor seria sempre “influenciado por princípios de reconhecimento ancorados institucionalmente” (2003, p. 171) conforme resultado de um processo histórico.

O resultado de tal guinada metodológica é apresentado pelo próprio Honneth em “O direito da liberdade”, quando se propõe a “implantar as intenções normativas de uma teoria da justiça mediante a teoria da sociedade”, de modo que, agora, a “materialização e realização de valores socialmente legitimados” será constatada a partir da análise dos resultados de práticas e instituições sociais (HONNETH, 2015, p.24), e conclui:

Na tentativa de desenvolver uma concepção de justiça pela via da teoria social, deve se pressupor numa primeira premissa, antes de tudo, que a forma de reprodução social de uma sociedade é determinada por valores e ideais comuns compartilhados e universais; em última instância, tanto os objetivos da produção social como os de integração cultural são regulados por normas que possui um caráter ético, já que contém representações do bem compartilhado (HONNETH, 2015, p.31).

Nesse e em outros pontos da obra, portanto, Honneth destaca que os elementos empíricos que vincularão a realidade social à luta por reconhecimento, e conseqüentemente a teoria da

are freed to conceptualize types of injustice, their causes and their remedies, independently of how they are experienced. In moral theory, likewise, we may identify norms for adjudicating justice claims, unconstrained by the dictates of a flawed psychology. And in political sociology, we can analyze the hegemonic normative grammars that structure conflict and contestation. The effect is to free Critical Theory from the artificial restrictions of an a priori monism, which inflates the idea of recognition to the point of unrecognizability, thereby draining it of critical force.

justiça, serão as conceitualizações decorrentes da tradição da teoria da sociedade e da sociologia, bem como da historiografia, “já que é inerente a essas disciplinas dirigir sua atenção às mudanças do comportamento moral cotidiano” (HONNETH, 2015, p. 126 e 630).

A partir de tais premissas, se o processo contínuo e cíclico de constituição de uma eticidade absoluta se dá apenas a partir da luta por reconhecimento, e se a intenção desta dissertação é analisar o papel do processo jurisdicional nesta construção ética a partir de uma base teórica advinda da teoria crítica, faz-se determinante percorrermos caminho semelhante ao de Honneth, mas adaptado aos nossos objetivos, cotejando as conceitualizações jurídicas àquelas decorrentes da sociologia e da historiografia, respeitando o recorte fático eleito, qual seja, a luta histórica do negro no Brasil por reconhecimento.

1.3 O RECONHECIMENTO COMO ELEMENTO VIABILIZADOR DE UMA LIBERDADE SOCIAL

Conforme visto no item 1.1, para Hegel, a sociedade é organizada segundo um estado de totalidade ética dependente de uma comunidade integrada de *cidadãos livres*, de modo que a vida pública deve possibilitar a realização da liberdade de todos os indivíduos em particular, mediante usos e costumes comunicativamente exercidos, os quais são marcados por relações de reconhecimento, ou seja, por ações de desrespeito que desencadeiam lutas. As lutas por reconhecimento, então, são indispensáveis ao amadurecimento coletivo e constituição de uma efetiva comunidade de cidadãos livres (HONNETH, 2009, p. 39-41).

Quando analisou a luta pelo aspecto individual, em “Luta por Reconhecimento”, Honneth (2009), ratificou as esferas de reconhecimento hegelianas, agora com preceitos empíricos, para demonstrar o movimento do indivíduo por compartilhar seus valores individuais ao ambiente social a que pertence. São três esferas que servem de base para tal luta: a dedicação emotiva, o direito e a estima social. Essa luta, como já tratado, não tem fim, pois faz parte da dinâmica dos diversos interesses sociais, razão pela qual sua sistematização em três etapas não significa evolução, mas dialética, ciclos de relações.

É bem verdade que, ao se cotejar as três esferas individuais de reconhecimento ao próprio desenvolvimento fisiológico humano, tem-se que a dedicação emotiva, realizada no âmbito familiar, se coloca antes das demais; contudo, uma vez reconhecida a pessoa neste âmbito, os

ciclos de lutas que se sucedem perfazem a lógica dialética hegeliana, sem uma ordem “evolutiva”.

Pretendemos, nesse momento, apenas trazer breves conceituações acerca de cada esfera; o desenvolvimento mais aprofundado se dará nos capítulos seguintes, na medida em que serão desenvolvidos outros aspectos dos objetivos da presente dissertação, especialmente a história de luta pelos negros no Brasil, e se o processo jurisdicional serviu de instrumento de efetivação dessa luta.

Com tais premissas em vista, a primeira esfera trazida por Hegel é a dedicação emotiva, que se desenvolve no âmbito da família. Obviamente as conceituações relacionadas ao que seja família alteraram-se substancialmente desde Hegel, razão pela qual Honneth traz pertinente atualização por meio da psicologia do desenvolvimento de Donald Winnicott, o qual, em estudos empíricos desenvolvidos no curso do século XX, sistematizou os efeitos da dedicação emotiva familiar sobre os bebês e, conseqüentemente, na formação de sua personalidade.

Honneth explica, então, que a relação entre o bebê e a mãe – em verdade uma representação materna, não necessariamente biológica – se inicia em uma fase em que ambos se veem como um único ser em simbiose. Na medida em que este bebê cresce, ele será paulatinamente “desprendido” do estado de simbiose, por sucessivos processos de separação sem que, com isso, ele perca de vista o amor que esta mãe nutre por ele. Essa separação sem a perda da dedicação emotiva fará nascer a *autoconfiança* neste indivíduo, a qual é a representação do reconhecimento no âmbito da dedicação emotiva (HONNETH, 2009, p. 159-174).

A partir daí o indivíduo se verá membro de uma sociedade normativamente configurada, com regras próprias, as quais, nos estados liberais democráticos contemporâneos são elementos do direito. Para Hegel, ao seu turno, o direito constitui-se em “um tipo de ‘respeito universalista’, não mais concebido como ações oriundas de emoções, mas como uma operação de entendimento puramente cognitiva, que coloca barreiras quase internas às sensações afetivas”. Nesse contexto, o reconhecimento pelo direito se dará pelas pretensões do indivíduo em se ver respeitado no âmbito daquelas normas universais, ou seja, ele se verá como igual perante as normas formais criadas para promover valores gerais. Por meio do direito ele alcançará, portanto, o *autorrespeito* (HONNETH, 2009, p.182).

Enquanto, por meio do direito, o sujeito pretende se ver como um igual perante normas universalmente vinculantes, a partir de um instrumento de coerção – via processo jurisdicional, por exemplo – a terceira esfera sistematizada por Hegel, a da sociedade, é vista como o ambiente capaz de promover a estima social ao indivíduo, é onde ele desenvolve a *autoestima*, uma vez que passa a ser aceito como um membro pleno daquele contexto, inclusive com suas peculiaridades, suas diferenças substanciais. Essa estima social marca uma relação de efetiva solidariedade na medida em que o indivíduo se verá pertencente a um conjunto de “valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum”, sem qualquer elemento coercitivo – como o direito – mas por uma relação normalizada de estima (HONNETH, 2009, p.208-211).

Como tratado no tópico anterior, em “A luta por reconhecimento” Honneth sistematizou as três esferas da luta no aspecto subjetivo, do indivíduo em busca da *autoestima* pelo foco interno da psicologia social de Mead, o que, como já visto, foi tratado pelo próprio Honneth como insuficiente para garantir a efetividade dos atos de luta no mundo real. Por isso, em “O direito da liberdade” as três esferas foram mais bem trabalhadas pelo âmbito da teoria social, cujo objetivo específico almejado perpassa as relações de reconhecimento até este novo foco: o direito da liberdade.

Nesse enfoque atual, portanto, o ponto marcante das conceituações desenvolvidas por Honneth é a importância dada ao direito da liberdade, cuja efetividade é objeto da teoria da justiça. Por essa razão, em “O direito da liberdade” Honneth apresenta já em seu prefácio o pressuposto de que as esferas constitutivas da sociedade são verdadeiras materializações institucionais de valores, e que os valores vigentes nas sociedades liberal-democráticas convergem em um único valor fonte, que é a liberdade (HONNETH, 2015, p. 09-10). E acrescenta: “Entre todos os valores éticos que intentam 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” (2015, p. 34).

É a partir da liberdade que o indivíduo terá condições de buscar outros valores socialmente vigentes, como a igualdade, por exemplo, uma vez que proporcionará ao indivíduo realizar o que entende ser o melhor para si, ao mesmo tempo em que orienta a legitimidade da ordem social (2015, p. 35). É pelo uso das liberdades que o sujeito alterará o contexto da eticidade

institucionalizada – constituída a partir das práticas reiteradas e normalizadas – atraindo o elemento de transgressividade necessário ao reconhecimento, à mudança daqueles padrões paulatinamente solidificados – mas não imutáveis. É pela relação existente entre as objeções individuais – pelo uso das liberdades – e a realidade solidificada, é que se compreende as constantes revisões da força de pensar e agir constatadas no curso da história, em um movimento espiral sem ponto de repouso (HONNETH, 2015, p. 117).

Mas, nem todo conceito de liberdade é suficiente para marcá-la como o valor fonte que serve de mecanismo de efetivação de uma sociedade eticamente madura, razão pela qual Honneth sistematiza três definições de liberdade: negativa, reflexiva e social, de modo que apenas esta última contempla os elementos constitutivos necessários ao referido amadurecimento.

Em síntese, a liberdade negativa seria aquela inicialmente teorizada por Hobbes, definida como o estado de ausência de resistências físicas externas capazes de limitar ou impedir os movimentos individuais (HONNETH, 2015, p. 43). A liberdade, aqui, decorre do não agir, o que atrai duas importantes críticas a tal conceito: uma, refere-se à utilização deste espectro de liberdade, como historicamente feita, para manutenção de estruturas sociais desiguais; e a segunda refere-se à falta de abrangência do cidadão do Estado nos processos decisórios e cooperativos necessários à constituição dos princípios jurídicos vigentes (2015, p. 55).

A liberdade reflexiva, ao seu turno, “se estabelece [...] somente pela relação do sujeito consigo mesmo; segundo essa ideia, é livre o indivíduo que consegue se relacionar consigo mesmo de modo que em seu agir ele se deixe conduzir apenas por suas próprias intenções” (HONNETH, 2015, p.58). O indivíduo, aqui, seria o mentor de suas próprias decisões, de modo que a liberdade não lhe garantiria apenas o direito de não ser fisicamente limitado em seu agir, mas também lhe daria condições – através de leis morais socialmente difundidas – a se desprender de paixões limitadoras do indivíduo e, com isso, tomar decisões efetivamente livres, o que se aproxima consideravelmente das ideias kantianas de esclarecimento (2015, p.64).

A partir da liberdade reflexiva, e por meio da linguagem, o indivíduo teria condições de orientar suas decisões à própria autorrealização e autodeterminação, partindo de suas concepções individuais acerca de um modo ideal de vida. Ele seria apenas orientado pelo

conjunto de valores morais, os quais seriam constituídos pelo somatório das vontades livres dos indivíduos daquela comunidade.

No entanto, o conceito de liberdade reflexiva não busca antecipar as decisões que os sujeitos autônomos devem alcançar, até porque compreende que tais decisões devem ser tomadas individualmente (HONNETH, 2015, p. 74). Isso provoca problemas conceituais sistematizados por Honneth, como, a título de exemplo: a tomada de decisão estritamente individual pode gerar uma cisão nas concepções de justiça, criando-se uma forma puramente individualista e uma coletivista; e a falta de análise acerca do que é ideal ao indivíduo deixa sem resposta a compreensão do conteúdo necessário à liberdade, ou seja, não se conhece o que seria necessário para possibilitar o exercício pleno de liberdade por todos os indivíduos (2015, p. 74-75).

Tanto o conceito de liberdade negativa como de reflexiva não trabalham elementos teóricos que expliquem o exercício efetivo desta liberdade no mundo real, na “esfera da objetividade”. Novamente Honneth retorna a Hegel, então, para se valer do conceito de liberdade social como o mais completo para se observar o agir efetivamente livre de um indivíduo, uma vez que o âmbito *social* atrai à definição a necessária interdependência coletiva para o pleno exercício da liberdade. A “liberdade ‘social’ é a circunstância segundo a qual determinada instituição de realidade social já não é considerada mero aditivo, mas condição e meio para o exercício da liberdade”. Os esforços de reflexão individual só serão efetivos na produção da autorrealização, portanto, “se na interação com outros, numa instituição social, forem reciprocamente realizados esforços desse mesmo tipo” (HONNETH, 2015, p. 81).

A liberdade social é a compreensão da interdependência, é a reflexão a partir da consciência da necessidade das relações humanas, de que se está inserido em um contexto social que precede ao indivíduo, que foi indispensável à sua sobrevivência e ao desenvolvimento de sua personalidade.

Em um primeiro momento, o adequado exercício dessa liberdade social se dará, segundo Hegel, no âmbito das *instituições sociais*, as quais não se definem necessariamente como um local formalizado, mas sim um contexto onde o indivíduo é reconhecido, ou seja, onde pode enxergar nas contrapartes, membros daquela instituição social, indivíduos com valores efetivamente compartilhados, onde podem “estar consigo mesmo no outro” (HONNETH,

2015, p. 85). O conceito de *instituições sociais* é fundamental no desenvolvimento do direito da liberdade social, pois são, portanto, o âmbito primário do reconhecimento, em que os valores são efetivamente compartilhados entre os membros daquela “comunidade”. E é a partir destas instituições, a partir da força coletiva de muitos que compartilham valores comuns, é que se alcança a capacidade necessária a moldar o âmbito social amplo:

Com “reconhecimento recíproco”, assim concebido, tem-se em mente, num primeiro momento, apenas a experiência recíproca de se ver confirmado nos desejos e metas da contraparte, uma vez que a existência desta representa uma condição da realização dos próprios desejos e fins; sob a condição de que ambos os sujeitos reconheçam a necessidade de complementariedade de seus respectivos fins, eles visualizam na contraparte o outro de seu si mesmo, e a liberdade até então reflexiva amplia-se para se converter numa liberdade intersubjetiva (HONNETH, 2015, p.86).

Um exemplo dado por Honneth de instituição social é a família, a qual, desapegada de qualquer elemento de coerção externo, serve de base primária para o reconhecimento mais elementar, de construção da autoconfiança. A família, aqui, não depende de qualquer instrumento formal para se constituir, pois serve de base cultural para o estabelecimento de relações primárias, tanto na intimidade de um casal, como na dedicação emotiva de pais e filhos.

As instituições, portanto, compõem o contexto de efetivação dessa liberdade intersubjetiva, social; mostram-se, assim, como ambientes de reconhecimento, que não são coisas materiais, mas nascem de práticas, são ações que podem ou não criar estruturas materiais de organização, são locais de autorrealização, onde os sujeitos reconhecem os desejos de outrem como algo do seu interesse, onde encontram “uma contrapartida com a qual se conecta por uma relação de reconhecimento recíproco, porque nos fins dessa contrapartida ele pode vislumbrar uma condição para realizar seus próprios fins”, e, a partir das práticas harmonizadas e consolidadas, esses sujeitos reconhecidos têm condições de “implementar e realizar seus fins obtidos reflexivamente” (HONNETH, 2015, p. 87).

1.4 AUTOCONFIANÇA E AUTORRESPEITO POR MEIO DO PROCESSO: O CASO DE FORTUNATA E AS AÇÕES DE LIBERTAÇÃO POR ALFORRIA NO SÉCULO XIX

Até este ponto da dissertação, procurou-se recortar da teoria de Honneth aquilo que é relevante para o alcance dos objetivos aqui traçados. Tal sistematização não pode ser exaustiva, uma vez que impreterivelmente se terá que voltar à teoria crítica para cotejá-la ao

desenvolvimento teórico do uso do processo jurisdicional como possível instrumento de reconhecimento dos negros no Brasil.

Nesse contexto, buscou-se identificar a relação de imprescindibilidade da intersubjetividade como elemento constitutivo da personalidade humana, e como a luta decorre de um processo contínuo, cíclico e interminável de maturação ética. Foi visto que o conflito decorre não de um estado de natureza, mas de uma necessidade social de reconhecimento, ou seja, de se ver parte cooperante em uma sociedade que compartilha valores comuns.

Nesse contexto, há premente necessidade de ampliarmos o foco de análise da teoria jurídica, para que ela se expanda para além da dogmática e, constantemente, faça análises dos conteúdos morais capazes de constranger o direito posto, não no sentido simplista de romper com uma ordem posta, mas de aperfeiçoar o amplo espaço da ética para que os valores jurídicos não sirvam de mero instrumento de manutenção de um interesse elitista, ou seja, de desrespeito. É por isso que se propõe, aqui, a não se enxergar mais o processo jurisdicional como instrumento voltado a evitar o conflito; mas um dos instrumentos viabilizadores do conflito dialogado.

Essa função do processo jurisdicional como um instrumento da luta, e potencialmente constranger uma ordem posta, pode ser observada no exemplo catalogado pelo historiador Sidney Chalhoub (1990), ao analisar a ação judicial proposta pela escrava Fortunata no ano de 1864 em face de seus supostos senhores, o casal Joaquim Guimarães e Roza Guimarães. Na ocasião, serviu de representante processual da Requerente o curador de sua mãe, a também escrava africana Rubina, o qual se dispôs a ajuizar pelo menos três ações tentando a libertação de Rubina e Fortunata, das quais uma rendeu acirrada disputa, e cujos desdobramentos são relevantes para a análise ora proposta.

Pela narrativa da inicial, os senhores de Fortunata, o casal Joaquim Guimarães e Roza Guimarães, a ofereceu em venda a um negociante de escravos por um conto e quinhentos mil-réis, valor que Fortunata possuía, e compunha seu “pecúlio”. A ação, então, pretendeu o depósito judicial do valor e a decretação da liberdade por alforria, como um direito de preferência frente à oferta de venda ao mercador.

Abrem-se parênteses na narrativa para esclarecer que a alforria era a forma de aquisição de liberdade mediante pagamento; naquele momento histórico, os escravos haviam conseguido a permissão de possuir economias, o “pecúlio”, decorrentes de doações, legados, heranças ou até de pequenos trabalhos realizados a terceiros se autorizado pelo senhor. No entanto, o direito de alforria não constituía um direito potestativo do escravo, ou seja, mesmo que possuísse pecúlio suficiente, a compra da liberdade dependeria de autorização do senhor (CAMPOS, 2018).

Narra Adriana Campos (2018), nesse contexto, que desde a metade do século XIX há documentos que demonstram litígios envolvendo pedidos de alforria mediante pecúlio. Mesmo a existência de decisões que vinculavam a concessão da alforria à vontade senhorial não evitou o ajuizamento de várias outras ações no mesmo sentido, ou apenas inovando em alguns aspectos jurídicos. A autora narra, a título de exemplo, caso de sentenças de procedência cujo pedido de alforria foi acompanhado da consignação judicial do preço, ou de pedido de fixação do valor por perícia judicial.

O número de ações levou à manifestação oficial do Poder Executivo, mediante Conselho de Estado, o qual declarou, em 1853, que o senhor não era obrigado a aceitar o valor do pecúlio, e decidiria por alforriar o escravo apenas segundo sua decisão particular, pois estava amparado pelo direito constitucional de propriedade. Mas tal determinação não coibiu o nascimento de novas ações (CAMPOS, 2018), a exemplo da própria demanda aqui narrada, ajuizada por Fortunata no ano de 1864.

Voltando à narrativa dos fatos processuais, o casal Requerido apresentou defesa de mérito resistindo à pretensão, sustentando, dentre outros argumentos: que era falsa a afirmação de que tentaram vender Fortunata a comerciante, uma vez que a escrava era muito habilidosa: “parda, é uma perfeita costureira, sabe cortar e fazer vestidos, engomar, cozinhar, e pentear uma Senhora” (CHALHOUB, 1990, p.144); e ainda, havia um indivíduo “sedutor” por traz do contexto, que havia oferecido o dinheiro à Fortunata em doação para induzi-la “a usar do procedimento constante destes processos; perturbando de mais a mais o sossego das famílias”; um terceiro argumento dizia que a pretensão violava o artigo 179, parágrafo 22 da Constituição Política do Império⁴, o qual lhes garantia o direito de propriedade, bem como o

⁴ Importa esclarecer que aquilo que os textos jurídicos da época chamam “parágrafo”, em nossa estrutura moderna são os incisos. Logo, o artigo 179, parágrafo 22 refere-se, em uma leitura atual, ao artigo 179, XXII da

direito de venda da escrava a quem quisesse, e negar-lhe a alforria, uma vez que o direito de livre dispor é parte integrante da propriedade (CHALHOUB, 1990, p. 144-145).

A sentença confirmou, por testemunhas, que a tentativa de venda ao negociante ocorreu, e valeu-se de interpretação predominantemente principiológica para afirmar vigência a regras expostas nas Ordenações Filipinas para julgar procedente a demanda autoral. Segue trecho da sentença transcrito por Chalhoub (1990, p.146):

Dos Autos consta, pelo que juraram as testemunhas, que o Réu deliberou alienar a Autora, nestas condições conhecida a intenção do Réu e tendo a Autora o preço da venda, é de direito que seja preferida, porque o estado de liberdade deve ser favorecido, segundo o exposto teor da Ordenação do Livro Quarto título 11 parágrafo 4 que em favor da liberdade determina ser muitas causas outorgadas contra as regras gerais do Direito. Não prevalece a alegação que faz o Réu em referência à amplitude do direito de propriedade; pois...que na hipótese vertente deve esse direito ser entendido de acordo com a ordenação.⁵

Fala-se em interpretação predominantemente principiológica uma vez que o texto citado, das Ordenações Filipinas, não possuía significado direto aplicável ao contexto posto neste processo⁶: isso porque o referido parágrafo 4, voltado à realidade europeia, determinava a

Constituição do Império de 1824, que assim determinava: Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

⁵ Esta transcrição é idêntica ao que consta no livro de Chalhoub, inclusive no que toca à omissão com reticências.

⁶ Dizia o Livro Quarto, título 11 e parágrafo 4 das Ordenações: Título XI - Que ninguém seja constrangido a vender seu herdamento e cousas, que tiver, contra sua vontade. Cada hum poderá vender a sua cousa a quem quizer, e pelo melhor preço que poder e não será obrigado a vendel-a a seu irmão, nem a outro parente, nem poderão dizer, que a querem tanto por tanto. Nem poderão os filhos, nem outros descendentes desfazer a venda, e haver a cousa tanto por tanto, por dizerem que foi de seu avoengo.

Parágrafo 4: E porque em favor da liberdade são muitas coisas outorgadas contra as regras gerais: se alguma pessoa tiver algum Mouro captivo, o qual seja pedido para na verdade se haver de dar e resgatar algum Christão captivo em terra de Mouros, que por tal Mouro se haja de cobrar e remir: mandamos que a pessoa, que tal Mouro tiver, seja obrigado de o vender, e seja para isso pela Justiça constrangido.

E se o comprador e o Senhor do Mouro se não concertarem no preço, no lugar, onde houver dois Juizes, elles ambos com hum dos Vereadores mais antigos, não sendo suspeito, e onde não houver mais que hum Juiz, elle com dois Vereadores sem suspeita, e sendo algum suspeito, se metterá outro em seu lugar, m maneira que sejam trez, avaliem o Mouro; informando-se bem de que pode valer segundo comum valia e estimação, e não segundo affeição particular, havendo respeito a sua idade, saúde, saber costumes, serviço, disposição, arte e officio, ou outra qualidade, por bem da qual deva valer mais, ou menos. E bem assi, se he de resgate, e se tem delle tratado, e certificade delle seu Senhor per Alfaqueque (*termo usado, conforme nota de rodapé do próprio texto das Ordenações, para designar o resgatador de escravos e prisioneiros, algo como o Capitão do Mato no Brasil*), de maneira que pareça, que aquillo poderá haver de seu resgate. E em aquillo, que acharem, que na verdade poderá em salvo haver, tirados todos os custos do resgate, assi de despesas, como de dizima, fretes, e quaesquer outros, avaliem tal Mouro.

E o que não for de resgate, por-lhe-hão sua valia, como dito he, ouvindo sempre primeiro as partes sobre as ditas qualidades para sua informação. E o em que for avaliado, com mais a quinta parte da avaliação, que he a razão

obrigatoriedade de um senhor de escravo Mouro vendê-lo aos seus compatriotas se isso fosse condição de libertação de escravo Cristão que fosse cativo em terras Mouras. A partir de levantamento processual, Adriana Campos observou, nesse contexto, que o uso das ordenações e de interpretações principiológicas era uma constante nas ações de liberdade ou de escravização (CAMPOS, 2015, p. 212-214).

Os Requeridos opuseram Embargos de Declaração, sustentando, dentre outras questões, que as Ordenações Filipinas não se aplicavam ao caso, uma vez que o texto legal, em sua análise puramente literal, se limitaria apenas às hipóteses de: “remissão de Mouro cativo”, não aplicável no contexto brasileiro; de libertação por maus tratos; ou tentativa de venda para fora do Império. Ao seu turno, a sentença nos Embargos manteve a decisão anterior, segundo Chalhoub (1990, p.146), “com argumentos abertamente militantes contra a escravidão”, agora atacando com fundamentos principiológicos o consolidado direito de propriedade constitucionalmente garantido:

Acresce que o direito de propriedade não é tão absoluto como se persuade o embargante. A própria Constituição no artigo 179 parágrafo 22 sujeita esse direito a certas restrições, que a utilidade pública reclamar, precedendo indenização. Ora, é fora de qualquer dúvida, que a cessação gradual da escravidão entre nós está na ordem da pública utilidade e assim se tendo definido a nossa moderna legislação; não há duvidar da limitação razoável que deve sofrer, e que realmente padece tal direito. Subsista portanto a sentença (CHALHOUB, 1990, p.146).

As decisões do juiz não se basearam no conteúdo semanticamente predominante que se extraía, na época, das regras do direito positivo, e fizeram prevalecer aquilo que ele, juiz, acreditava ser princípios basilares do direito, aplicando-os como exceção ao direito de propriedade. Chalhoub, então, destaca que este raciocínio hermenêutico foi exatamente o calcanhar de Aquiles da decisão de primeira instância, uma vez que, em grau de apelação, o Acórdão proferido pelo Tribunal de Relações, ao dar provimento ao recurso dos Requeridos, fixou entendimento segundo o qual o artigo 179 parágrafo 22 da Constituição estabelecia textualmente que as exceções ao direito de propriedade serão definidas em lei, ou seja, apenas nas hipóteses arroladas expressamente pelo Legislativo, não pelo Judiciário (1990, p. 149):

de vinte por cento, façam dar e pagar ao Senhor do Mouro, e não seja desapossado delle, até ser primeiro pago de tudo o que houver de haver, dando appellação e agravo às partes.

E em Lisboa terão o dito conhecimento ambos os Juizes do Cível, se não forem suspeitos, com hum Corregedor dos da Cidade. E seguindo-se caso, por que tal resgate se não faça, pelo Christão captivo morrer, ou se tornar elche (*se tornar elche, pela nota das Ordenações, significa se converter, ou seja, o cristão cativo tornar-se mouro*), fique escolha ao Senhor que foi do Mouro, para o tornar a haver, tornando o que por elle recebeu, ou ter antes o preço, que tiver recebido.

Que menos bem julgada fora a causa pelo Juiz ... na sua sentença ... porquanto sendo o direito de propriedade garantido pela Constituição do Império a limitação a este direito não compete ao poder Judiciário, e sim ao poder Legislativo; sendo como é a doutrina consignada na Sentença apelada uma verdadeira licitação deste direito que em toda a plenitude deve exercer o apelante sobre a apelada sua escrava (...) não consta o que serviu de base ou fundamento à Sentença apelada, porque o fato de haver o apelante na qualidade de Senhor da apelada tentado vende-la pela quantia de um conto e quinhentos mil-réis, quanto verdadeiro fosse não importa o estabelecimento de preço para sua liberdade, porquanto o preço dos Escravos é flutuante conforme as circunstâncias do momento; umas vezes valem mais, outras vezes valem menos, não é taxativo por lei para o caso de liberdade, como seria para desejar. Portanto e mais dos autos reformam a sentença apelada, e mandam que o Apelante entre na posse de sua escrava...apelada, que pagará as custas.

Chalhoub (1990, p.149) analisa conclusivamente que o Acórdão, proferido pelo Tribunal de Relações, apesar de predominantemente se apegar ao direito positivo tal como semanticamente compreendido na época, foi tão político quanto a sentença porque: em sua introdução, critica diretamente a decisão de primeira instância com argumentos não jurídicos; e, ainda, condenou Fortunata ao pagamento de custas, o que marcava importante impropriedade técnica de acordo com a norma jurídica vigente, uma vez que, se a coisa julgada havia fixado seu estado de escrava, ela não era civilmente responsável por quaisquer dívidas, pois não possuía personalidade civil; logo, não poderia ser proprietária de coisa alguma, mas mera possuidora de bens que, em verdade, eram propriedade de seu senhor. O direito positivo, então, não previa a possibilidade de condenação de escravos ao pagamento de custas processuais, ou de qualquer indenização; caso o julgador determinasse reparação civil, deveria direcioná-la em face do senhor, como responsável civil pelo escravo.

O caso de Fortunata é importante para o presente trabalho por alguns aspectos. O primeiro deles é o fato de tal pretensão jurídica, embora embasada em raciocínios hermenêuticos que iam de encontro à semântica do direito positivo da época, representa apenas um exemplo de uma série de processos jurisdicionais instaurados em bases semelhantes no período; isso significa que, já em meados do século XIX, grupos abolicionistas, encabeçados pelos escravos e por seus curadores, que lhes serviam de advogados, buscavam o judiciário tanto como instrumento de enfrentamento direto às pretensões dos respectivos senhores, como também ao próprio direito de propriedade e, em última análise, ao direito positivo vigente.

Como exposto pela historiografia contemporânea (CAMPOS, 2018; CHALHOUB, 1990; MAMIGONIAN, 2017, dentre outros), as ações judiciais de liberdade compuseram

importante instrumento de pressão para o alcance de objetivos abolicionistas e, nos casos como o processo instaurado por Fortunata, constrangeram o poder público, via judiciário, a impor um direito positivo que paulatinamente parava de corresponder aos valores morais crescentes, valendo-se mais a mais de retóricas que justificassem o estado de escravidão, mesmo que ele fosse normativamente regulado pelo ordenamento jurídico material.

Conforme Chalhoub (1990, p. 232) e Campos (2018) o somatório dos atos de pressão de grupos de escravos, aliados aos abolicionistas – no sentido de instaurar práticas e costumes com o tempo, de fazer pressão sobre o legislativo e de demandar ações de liberdade mediante processos jurisdicionais – culminou na promulgação da lei do ventre livre, de 28 de setembro de 1871, a qual, dentre outros direitos agora positivados, previu a possibilidade de alforria condicionada apenas à vontade do escravo.

É importante reiterar, por ora, que o processo jurisdicional foi apenas um dos instrumentos de pressão; no capítulo 3 da presente obra iremos cotejá-lo aos demais atos de luta citados pela historiografia. De toda forma, a compreensão do papel contestador do processo foi ponto de convergência na historiografia, o que já pode atrair a conclusão de que o litígio judicial não se restringe, de fato, à relação autor-réu, mas se expande, mesmo que de forma indireta, e especialmente quando utilizados por uma grande coletividade de indivíduos sistematicamente desrespeitados, para um instrumento de luta que objetiva enfrentar o sistema de valores defendidos pelo próprio direito positivo.

Fortunata, e todos os negros brasileiros e africanos que ajuizaram ações de libertação tinham por foco a reação, por uma luta por reconhecimento, contra ações de rebaixamento bem sistematizadas por Honneth: buscavam se ver livres do cativeiro da escravidão, onde eram limitados nas camadas mais basilares do livre-arbítrio e, ainda submetidos à violência corporal, física ou psicológica, que afetavam diretamente a autoconfiança, afrontando a esfera mais elementar do reconhecimento, a da dedicação emotiva. A violência física, como na tortura ou na violação, não imprime apenas dor física à vítima, mas também a sensação de “estar sujeito à vontade de um outro, sem proteção, chegando à perda do senso de realidade”. Trata-se de um desrespeito que atinge a própria confiança da vítima e na sua capacidade autônoma de coordenar o próprio corpo; perde-se a autoconfiança e atrai, conseqüentemente, o sentimento de vergonha social (HONNETH, 2009, p. 215).

Além da perda da autoconfiança, o fato de se verem de fora do sistema do direito atrai aos indivíduos o sentimento explícito de desigualdade, de ser incapaz de formar juízos morais. Honneth destaca, aqui, que o reconhecimento pelo direito não está apenas na existência das leis, mas na sua efetividade: “a experiência de privação de direitos se mede não somente pelo grau de universalização, mas também pelo alcance material dos direitos institucionalmente garantidos” (2009, p.217). Se um determinado membro da sociedade não é visto como detentor de direitos (seja porque o referido membro possui valores não incluídos no rol de valores universalizados, seja por falta de alcance material das normas jurídicas ao referido sujeito), ele também não se vê como detentor de direitos, o que afeta sua integridade social, seu autorrespeito.

A luta pelo processo materializa-se, então, como uma busca pela autoconfiança – nos casos dos escravos que requeriam a cessação do estado de cativos – e, principalmente, pelo autorrespeito por meio da igualdade (HONNETH, 2009, p.192-198), uma vez que, quando participe de procedimentos formais universalmente aceitos no referido contexto social – como é o caso do processo jurisdicional – o indivíduo se vê como parte integrante daquele conjunto de valores; a sentença de mérito, então, passa a ser a confirmação materializada, no mundo concreto, daquela pretensão de igualdade; de igual modo, eventual reação legislativa no sentido de positivar o conteúdo material de um crescente número de ações pode, igualmente, ser visto como resultado efetivo de uma luta por reconhecimento. Nesse sentido:

A ampliação cumulativa de pretensões jurídicas individuais [...] pode ser entendida como um processo em que a extensão das propriedades universais de uma pessoa moralmente imputável foi aumentando passo a passo, visto que, sob a pressão de uma luta por reconhecimento, devem ser sempre adicionados novos pressupostos para a participação na formação racional da vontade. (HONNETH, 2009, p.189)

O processo, tal como aqui relatado tem, então, duas funções aparentemente contraditórias entre si: ao mesmo tempo em que serve de instrumento de luta contra uma ordem posta (a obrigatoriedade de aceite do senhor no ato de alforria), ele se presta, também, a se valer da linguagem formal vigente – mesmo que hermeneuticamente trabalhada – para atrair o sentimento de pertencimento àquela ordem social. Trata-se de uma busca por igualdade de valor, por se ver integrante de um grupo que direciona os acordos racionais (HONNETH, 2009, p. 192).

Se o autorrespeito – enquanto materialização do reconhecimento pelo direito – depende mais da exteriorização do conteúdo material das leis do que, propriamente, do conteúdo semanticamente compreendido como correto, é certo dizer que o processo foi, em um primeiro momento, utilizado como instrumento de reconhecimento, já que os argumentos tecidos nas petições iniciais, e nas sentenças de procedência, tratavam por articular linguisticamente os conteúdos valorativos universalmente formalizados para garantir o que se pretendeu pelas ações.

Mas, tal raciocínio não afasta a relevância da seguinte constatação: especificamente no exemplo citado, o caso de Fortunata foi, ao fim, julgado improcedente, em assim transitou em julgado. Suas pretensões por reconhecimento pelo processo jurisdicional – por mais que exitosas em outros casos de outros escravos Requerentes – não foi bem-sucedida em seu movimento individual. Coube a Fortunata arcar com a ratificação de seu estado de escravidão e, como nos demais casos julgados improcedentes, arcar com o sentimento paralisante de vergonha social (HONNETH, 2009, p. 198), de reiteração de seu não pertencimento.

O judiciário, no caso dela, foi, ao mesmo tempo, instrumento de luta – especialmente se se considerar os termos da petição inicial, da sentença, e da decisão em Embargos de Declaração – e instrumento de confirmação do não pertencimento, de desigualdade. Ao seu turno, a historiografia narra que, em outras pretensões, em outros casos análogos, e em matéria idêntica, com outras configurações de partícipes – advogados, curadores, autores, réus, juízes, desembargadores – os resultados imediatos dos respectivos feixes de relações intersubjetivas foi diverso, favorável ao negro.

Uma vez que se trata do mesmo ordenamento jurídico, a divergência de entendimentos se deve, por consequência, às diferenças nessas configurações dos sujeitos do processo. Ocorre que, se um ordenamento jurídico existe exatamente para conferir certa universalização dos valores sociais, a coexistência de entendimentos diametralmente divergentes – a depender dos sujeitos envolvidos – põe em dúvida a própria razão de ser do processo jurisdicional. Por isso, se faz importante traçar o caminho da dogmática jurídica, em capítulo próprio, para compreender como a literatura do Direito enxerga o processo como manifestação de uma vontade despersonalizada – o “Estado” – e, como isso, procurar entender se essa mesma literatura compreende como anômala a diversidade – e até divergência – de entendimentos e decisões transitadas em julgado, relatadas neste tópico.

2 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO EFETIVADOR DAS VONTADES DO ESTADO (OU FORMALIZADOR DOS USOS E COSTUMES?).

O gradual movimento de positivação do sistema jurídico, originado na Europa especialmente a partir do século XVII, possibilitou a sistematização de regras garantidas e sancionadas pelo Estado, potentes a assegurar a autonomia privada do indivíduo em face dos privilégios normativamente injustificados de interesses corporativos. A criação de um Estado de direito, então, fez nascer uma esfera de ação autônoma, baseada em normas que, em tese, não mais decorreriam do assentimento moral, ou de qualquer acordo ético; mas seria teoricamente baseada em uma “aceitação meramente racional-finalista que, em caso de necessidade, seria coercitivamente proposta pelo Estado” (HONNETH, 2015, p.129):

Na verdade, o amplo espectro de funções podia ser cumprido pelo Estado, o qual, ao mesmo tempo, deve produzir, implementar e controlar direitos positivos, porque, nas vontades unificadas de todos os cidadãos afetados pela atividade desse Estado, criava-se uma nova fonte de legitimação. Nessa medida, num peculiar processo histórico paralelo, com o novo sistema de liberdade de ação subjetivas surgia, ao mesmo tempo, o Estado democrático de direito, em cujo seio os destinatários dos direitos positivos podiam se compreender simultaneamente como seus autores (HONNETH, 2015, p.129).

O Estado democrático de direito foi, portanto, o construto social que daria legitimação ao sistema jurídico e, conseqüentemente, às pressões coercitivas deste ente estatal pelo cumprimento de normas destinadas aos seus próprios criadores, os quais exercem o papel de autores desse sistema mediante a prática de suas liberdades de ação subjetivas.

Os indivíduos, então, segundo Honneth, se compreenderão como independentes, e dotadas de vontades próprias, se se sentirem destinatárias de direitos subjetivos, garantidos pelo Estado, capazes de conceder-lhes margem de ação necessária para reflexão e prática de suas propensões, preferências e intenções (HONNETH, 2015, p. 128).

Os sujeitos são autores indiretos desse sistema universalista, mas ao mesmo tempo, são destinatários diretos. Como destinatários diretos, os sujeitos podem contar com esse sistema de regras para atuar livremente no seu âmbito privado sem as constantes exigências da interação social e da cooperação, que seriam necessárias se os indivíduos fossem autores diretos das regras reguladoras de condutas (HONNETH, 2015, p. 130); isso porque o sistema jurídico diretamente construído a partir de um ente sem subjetividade – o Estado – e que

represente as vontades universalizadas, garante ao indivíduo lançar mão dessa ferramenta sempre que se vê potencialmente desrespeitado em suas pretensões individuais, ou seja, a necessidade da interação direta, das constantes barganhas e exposição clara de interesses passa a ser potencialmente mitigada pela compreensão universal da existência do Estado democrático de direito.

No âmbito do direito, o processo jurisdicional, então, é a ferramenta que deveria garantir ao sujeito, enquanto destinatário das normas jurídicas, exercer sua livre atuação refletida. Quanto mais eficaz for o processo jurisdicional – ou seja, quanto mais ele refletir os valores universalizados por meio do direito – maior será o sentimento de liberdade subjetiva.

No entanto, como visto no final do capítulo 1, catalogaram-se casos, em momento marcante da história do Brasil (meados do século XIX) em que o judiciário foi instado a se manifestar acerca de pretensos direitos que, na época, pacificamente não correspondiam à semântica do direito positivo vigente; e ainda, em alguns desses casos, os pedidos foram julgados procedentes em alguma instância e assim transitaram em julgado. Ao seu turno, pedidos análogos foram julgados improcedentes e, igualmente, transitaram em julgado.

A questão atinente aos diferentes tratamentos dados pelo processo jurisdicional deve, então, ser, também, analisada pelo prisma da dogmática jurídica, a qual trabalha com os elementos desse sistema. É importante conhecer como a doutrina observa a forma de exercício do processo jurisdicional, especialmente sua função de efetivar o direito material, e como ela analisa as potenciais disparidades das decisões. Finalizada esta observação, poder-se-á, no capítulo seguinte, analisar se essas disparidades mitigam relações de desrespeito sistematizadas, ou seja, servem de instrumento a uma luta por reconhecimento e, em último caso, ao exercício do direito da liberdade.

2.1 PROCESSO, SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA

Para que se possa analisar o processo jurisdicional tal como proposto neste capítulo, levantaremos construções teóricas que o classifique como elemento de um ordenamento jurídico legitimado pela Constituição, a qual, ao seu turno, é vista como instrumento político e cultural; nesse ponto, será colocada em dúvida a existência de um sistema jurídico hermeticamente protegido das influências de outros ramos das ciências sociais.

Posteriormente, será estudada a forma como o Direito, pelo processo, se aplica ao campo da realidade social, por meio da apresentação dos paradigmas metodológicos didaticamente nomeados pela doutrina e que correspondem às formas de aplicação do Direito no curso da história das sociedades ocidentais, tentando-se identificar qual é o modelo teórico culturalmente difundido hoje.

Estabelecidas essas premissas, será possível pôr em questionamento a capacidade de o processo servir de instrumento de reconhecimento, ou, para se valer de termo utilizado pela doutrina processual, como instrumento viabilizador de uma jurisdição contramajoritária.

2.1.1 O processo sob a égide de uma constituição fruto de movimentos culturais

O artigo 1º do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 introduz o caderno processual à importância dos *valores* e das *normas fundamentais* estabelecidos na Constituição como parâmetros de interpretação. Com isso, o texto codificado afasta a lei como única fonte do Direito, compreendendo que a capacidade de construção e reconstrução de sentido é inerente à atividade humana na aplicação do comando prescritivo de condutas.

Dentro de uma lógica sistêmica, a positivação de tal norma no início do CPC tem um forte valor simbólico e normativo, uma vez que lhes confere o poder de legitimar o texto processual perante a Constituição, ao mesmo tempo em que conduz a leitura de todo o restante do caderno, dos artigos “abaixo” do 1º, segundo aquele parâmetro de interpretação. Esta noção é percebida em outras nações democráticas, como no caso alemão, onde o Tribunal Constitucional Federal já decidiu reiteradamente que a localização topográfica de uma norma direciona a interpretação das demais, como se introduzisse os artigos seguintes (VINCENZI, 2013).

Essa ordem trazida pelo artigo 1º do novo CPC apresenta mais um importante elemento, agora de origem legislativa, à antiga divergência acerca do papel efetivo da Constituição na aplicação do direito. Isso porque difundia-se a ideia de que a Constituição se limitava a apresentar normas de natureza política destinadas diretamente ao legislador, para vincular-lhe parâmetros de condutas na aplicação e criação de instrumentos normativos (TEPEDINO, 2000, p. 14).

A Constituição não era vista como fonte primeira de interpretação e aplicação do direito, função essa exercida pelos Códigos em suas especificidades; ao invés, a Constituição servia apenas de instrumento secundário ao intérprete, útil apenas em casos de ausência de regra ordinária específica, naquilo que Gustavo Tepedino (2000, p.15) chamou de “verdadeira subversão hermenêutica”.

Tal subversão reside no fato de a Constituição servir não apenas de instrumento legitimador das normas infraconstitucionais, mas também, e principalmente, de fonte direta dos valores e normas fundamentais preconizados pelas forças sociais que a criou. A Constituição, então, deve ser o balizador inicial de qualquer atividade interpretativa, não apenas subsidiário. A ausência de eficácia direta da Constituição compromete seu papel como agente que dá origem ao direito como um sistema institucionalizado, enfraquecendo sua legitimidade.

Isso porque é condição elementar do direito como instrumento de liberdade – tal como exposto por Honneth na introdução deste capítulo – ser uma esfera de ação socialmente institucionalizada. Logo, deve ser constituído por um sistema institucionalizado, cujas normas habilitem os sujeitos a preverem mais ou menos os comportamentos das contrapartes, bem como possibilitem aos sujeitos se valerem de seu conteúdo como um norte que os liguem reciprocamente – como uma relação de reconhecimento – e orientem suas condutas “na formação das competências e atitudes necessárias para a participação nas práticas constitutivas” (HONNETH, 2015, p. 147).

Diante desse contexto, se o texto constitucional possui importância central na aplicação efetiva do direito – tanto na criação de novos instrumentos prescritivos de conduta como também na própria atividade interpretativa cotidiana do ambiente processual – conhecer as forças que a originaram e a mantêm como instrumento de controle e regulação de condutas se torna elemento fundamental para uma adequada compreensão do papel do direito e do Processo no ordenamento social.

A premissa para tal compreensão parte do fato de o direito ser instrumento linguístico, cultural, moldado de acordo com a ordem social vigente em cada época e território. O ambiente social o define duplamente: em sua criação e em sua aplicação. Peter Häberle (1996,

p. 153), ao definir a teoria da constituição como ramo do conhecimento inerente à ciência da cultura, define Constituição em seu sentido mais amplo, ou seja:

[...] não só como texto jurídico ou o ordenamento jurídico normativo, mas também como expressão de certo estado de desenvolvimento cultural, como meio de representação cultural de um determinado povo e como espelho de seu próprio legado cultural e fundamento de suas esperanças.

Em sua obra “Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica”, Häberle busca modelos teóricos para o que chama de “recepção jurídica”, que seria a incorporação, por um dado país, de dispositivos constitucionais oriundos de outros países.

Para tal trabalho, a realidade observada foi a dos países europeus, onde a proximidade geográfica de múltiplas culturas obriga o legislador constituinte de cada país a “expandir o seu próprio horizonte experimental”, e aprender com “experiências passadas e contemporâneas de outros países europeus” (HÄBERLE, 1996, p. 155). Por isso, o autor classifica a teoria da constituição como uma ciência cultural de caráter experimental, cujo conjunto de experiências positivas ou negativas se relaciona com a própria “condição humana”, muito próximo dos conceitos hegelianos de dialeticidade:

Também os seres humanos vivem do seu passado, das suas experiências (às vezes suas 'feridas'), acumulando-as em seus pensamentos e ações. O tipo 'Estado constitucional' e sua ciência: a 'teoria da constituição', são vinculados, portanto, só à dita realidade antropológica, quando assumem as suas experiências e as convertem em sistemas jurídicos. O Direito, como uma manifestação cultural, 'também significa direito como uma expressão de experiências cristalizadas' (HÄBERLE, 1996, p. 155).

Nesse contexto, a Constituição, por convenção social, e como resultado da intersubjetividade, dos movimentos cíclicos de reconhecimento (HONNETH, 2009, p.88) cria o Estado e faz nascer um ordenamento jurídico, pois serve de elemento legitimador dos instrumentos coercitivos que regulam as condutas das pessoas regidas por aquele texto constitucional. Em termos lógicos, portanto, se a criação da Constituição, e a importância atribuída a ela, advêm de tácita convenção social, sua manutenção enquanto instrumento legitimador das normas infraconstitucionais se dá também pela manutenção dessa mesma convenção social tácita.

Essa noção é essencial para manutenção da legitimação do próprio direito como instrumento regulador de condutas e, conseqüentemente, como garantidor do exercício da liberdade privada no sentido concebido por Honneth. Isso porque, a título de exemplo, as Constituições

das sociedades democráticas liberais trazem em seu bojo os importantes direitos de participação política – mais ou menos abrangentes a depender do Estado – que garantem ao sujeito seu papel ativo como autor do sistema jurídico a que está submetido. Por isso, o sentido normativo do tipo de liberdade que se faz possível por meio desses direitos políticos de participação “só pode ser elucidado pela inclusão de todas as atitudes e práticas sociais necessárias à sua realização comum”. O exercício da liberdade pelo direito, portanto, depende necessariamente de “todo um conjunto de formas éticas de comportamento” (HONNETH, 2015, p. 146).

Esses fatos sociais resultam de movimentos de diálogo entre as forças sociais determinantes na época, as quais não são necessariamente justas, e não necessariamente produzirão texto jurídico que atribuem importância aos mesmos valores exaltados em contexto social de outro local ou tempo.

Promulgada a Constituição, mesmo os textos infraconstitucionais decorreram de novos fatos sociais, oriundas das forças vigentes em seus tempos. Em suma, se a criação dos textos normativos decorre dos movimentos intersubjetivos e das forças sociais, não há como negar a presença dessas forças no próprio texto, em sua esfera semântica.

A Constituição terá maior rigidez uma vez que representará os padrões éticos predominantes na sociedade em determinado tempo, enquanto a legislação infraconstitucional representará a flexibilidade política, dialógica, dentro dos limites constitucionais (FERRAJOLI, 2013, p. 22). Isso refletirá sensivelmente na própria aplicação daquele texto pelo intérprete, o qual, ao seu turno, se valerá, mesmo que em movimento inconsciente, de traços de sua própria personalidade, sua bagagem cultural e história de vida no próprio ato de interpretar, o qual não só é potente a promover a aplicação do Direito, como também ininterruptamente recriá-lo⁷.

Nesse contexto, se a própria aplicação e criação diária da norma jurídica é resultado do somatório entre texto e interpretação, dependente intrinsecamente de um elemento humano, dificilmente haverá forma objetiva de separar o Direito, enquanto ciência, dos demais ramos do conhecimento social. Até se pode haver uma tentativa de separação didática, imprecisa,

⁷ Esse método de aplicação do direito, que identifica a atividade do intérprete como recriador do direito, é tratado apropriadamente pelo modelo teórico do Formalismo-Valorativo, e será melhor detalhado no tópico seguinte.

entre direito, sociologia e filosofia, por exemplo; mas uma cisão objetiva, alheia de qualquer interseção sistêmica, dependeria do pressuposto utópico da segmentação da própria psique humana.

Tal noção, além de servir de pressuposto metodológico do presente trabalho, ao marcar a indissociação do Direito dos demais ramos dos conhecimentos sociais, demonstra uma ruptura teórica ao conceito de “Ciência do Direito pura”, ou “Ciência do Direito em sentido estrito”, ou “Dogmática do Direito”, a qual parte do pressuposto de que a validade do Direito enquanto ciência existe se for livre de “impregnações extrajudiciais” (MOUSSALLEM, 2001, p.35).

Para que a presente tomada de posição não pareça uma crítica infundada, é importante esclarecer que o pensamento segundo o qual é possível delimitar um corte metodológico específico para o Direito enquanto ciência pura não atribui aos demais ramos do conhecimento humano importâncias secundárias; em verdade, tal base teórica defende que aquilo que não está contido no objeto de estudo não é relevante para aquela ciência:

“A *Ciência do Direito em sentido estrito* (Dogmática Jurídica), não deve preocupar-se com aspectos externos ao objeto, como a moral, o costume (não juridicizado) e a justiça (extrajurídica). Trata-se de campo fértil a outras ciências (Ética, Sociologia e Filosofia) que não a dogmática jurídica. *São jogos de linguagem distintos.*” (MOUSSALLEM, 2001, p.35).

Conceitos como de *atos sociais, cultura e justiça*, nessa ótica, não serão relevantes para a Ciência do Direito se estiverem fora de seu objeto de estudo, qual seja, o direito positivo: “o *valor jurídico* é posto pelo ordenamento e não pelo sujeito cognoscente [...] A justiça *deve-ser dentro* do ordenamento jurídico. Não antes ou fora” (MOUSSALLEM, 2001, p.36).

A Ciência do Direito Positivo seria válida, portanto, se o pesquisador se ativer ao seu objeto de estudo, o *direito positivo*, o qual pode ser conceituado como o “conjunto de todas as normas jurídicas válidas num determinado intervalo de tempo e sobre específico espaço territorial, inter-relacionadas sintática e semanticamente, segundo um princípio unificador” (MOUSSALLEM, 2001, p.36). Tal princípio unificador formará o sistema do direito positivo, composto por “um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada” (MOUSSALLEM, 2001, p.64).

Para tal linha teórica, tanto a Ciência do Direito como o seu objeto, o direito positivo, são sistemas autônomos, incomunicáveis senão pelo ato do cientista observar e descrever o objeto de estudo previamente estipulado. Em outras palavras, podem ser diferenciados na seguinte medida: o *sistema do direito positivo* é modelo de sistema dotado de linguagem prescritiva, uma vez que objetiva alterar a realidade social. Ao seu turno, ele é o objeto de observação e estudo do *sistema da ciência do direito*, o qual, dotado de linguagem descritiva, não se presta a alterar o objeto de estudo, mas descrevê-lo, no sentido de compreendê-lo e analisá-lo.

A ciência do direito terá seus próprios critérios de pertinência, que admitirão identificar seus elementos, critérios estes diversos daqueles do sistema do direito positivo, dada a diversidade do modelo de sistema em questão. O sistema da ciência do direito, então, diversamente do sistema do direito positivo, possui método e linguagem científica, enquanto esse último se propõe a moldar o âmbito social mediante linguagem técnica.

No que tange ao sistema da Ciência do Direito, como expõe Lourival Vilanova (1997, p. 185-187), o sistema será considerado científico se apresentar três requisitos: critérios que permitam afirmar se uma proposição pertence ou não ao sistema; coerência interna, compatibilidade entre os elementos internamente; e completude, o “sistema contém uma proposição ou a contraditória”. Para o autor, a presença desses três elementos, especialmente os critérios de pertencimento, permite blindar o sistema científico de proposições aleatórias criadas pelos usos e costumes, erroneamente classificadas como inerentes àquele sistema. A inserção de elementos contraditórios em um mesmo conjunto desqualifica o método e retira o caráter científico do sistema.

No entanto, por mais que a vertente teórica que busca uma Ciência do Direito pura almeje rigorosa coerência linguística dos elementos com os quais trabalha, há importante ponto a ser destacado sobre a própria metodologia dessa Ciência Pura, que a impede de observar adequadamente o direito positivo em sua completude. Isso porque, quando o cientista elege o direito positivo como objeto, e este é conceituado como um conjunto de *normas jurídicas* inter-relacionadas *semanticamente*, este cientista, impreterivelmente, observará que, na aplicação do texto, há um ato valorativo interpretativo de um agente, que usará sua própria bagagem cultural para dar valor semântico às palavras do texto e, com isso, efetivá-lo.

Toma-se, por exemplo, o estudo dos princípios da justiça positivados: uma análise científica pretensamente pura do direito partiria do pressuposto de que tais princípios foram positivados, e, se tal positivação for formalmente adequada, será suficiente para ter vigência, ou seja, para potencialmente prescrever condutas, o que apenas ocorrerá na prática se um agente competente assim impor aos sujeitos envolvidos. Tal teoria não se propõe a estudar as condições que deram origem à positivação daqueles princípios. No entanto, se a teoria desconsidera os fundamentos da positivação daqueles princípios da justiça, e não considera a “facticidade das condições sociais” que os originaram, não terá como prever, teoricamente, como o conteúdo semântico daqueles princípios retornarão à realidade social; “a teoria não tem como saber de antemão se a lacuna entre exigências normativas e realidade social pode, de algum modo, ser preenchida” (HONNETH, 2015, p.120). A análise da eficácia das normas positivadas dependerá, impreterivelmente, da observação do cientista sobre uma concepção de justiça pela via de uma reconstrução do desenvolvimento social (HONNETH, 2015, p. 120), como, por exemplo, pela análise dos processos judiciais individualmente considerados, necessariamente em levantamento empírico, para se medir os comportamentos, manifestações e interpretações dos diferentes sujeitos dos processos.

Uma análise adequada do direito, então, deve levar em conta que ele deve materializar aspectos da força que lhe proporciona legitimidade, sob a forma de ideias gerais e valores. Deve-se, portanto, buscar seu desenvolvimento “pensando-se se valores culturalmente aceitos nas diferentes esferas de ação chegam a ser realizados, de que modo isso ocorreu e quais normas de comportamento os acompanham, em cada caso, de maneira ideal” (HONNETH, 2015, p. 121).

O direito positivo depende do ato de interpretar, caso contrário é letra morta. E o ato de interpretar não se faz isoladamente, depende de um elemento humano, o qual está inserido em contextos de tempo e espaço dinâmicos, e possui desejos e interesses próprios. Até poder-se-ia conjecturar a possibilidade de uma análise científica isenta de interferências de outros ramos das ciências sociais, caso o objeto de análise fosse tão somente sintático; no entanto, quando se observa para os campos da semântica – enquanto busca por significados – e, principalmente da pragmática, a confusão entre elementos da personalidade do aplicador e o resultado final (a norma jurídica) é inevitável.

Calmon de Passos (1997, p. 50), ao objetivar delinear a função social do processo evidenciou esse peso interpretativo, que retira a estrita objetividade da Ciência do Direito, ao classificá-lo como uma “ciência da compreensão”, pois não está nos objetos, mas na mente humana:

o cientista adquire poder sobre o objeto, que é por ele definido e influenciado, pelo que a desconfirmação das teorias elaboradas só pode ser discursiva, insuscetíveis de se submeterem ao controle da contraprova empírica. Só pela verificação histórica (o fluir dos acontecimentos) isso é empiricamente possível, o que lhe tira toda operacionalidade. Dentre as ciências humanas, o Direito se revela a mais vulnerável. Pura linguagem, é facilmente manipulável, mas porque é um dizer que se faz perigosamente decisão, poder de interferir na liberdade e no patrimônio das pessoas, essa manipulabilidade reclama vigilância permanente e senso crítico apurado de quantos integram o universo dos denominados juristas, no sentido de dar um mínimo de racionalidade e cientificidade ao seu operar. Nada é mais pernicioso socialmente que se substituir o esforço em prol da racionalidade e cientificidade do Direito pelo discurso jurídico, um amontoado de palavras despidas do mínimo de coerência exigível de qualquer discurso com pretensões de validade (Calmon de Passos, 1997, p. 50-51).

Logo, o direito positivo não existe sem o componente indispensável dos demais ramos do conhecimento humano, tornando-se essencialmente fruto do somatório do complexo de disciplinas criadas pelo intelecto, especialmente o que se denomina ciências humanas, ou sociais, tais como a sociologia, a antropologia, a história e a filosofia.

Pode-se dizer, então, que o estudo do direito, quando se observa a norma jurídica, é uma porção de um todo transdisciplinar, cuja criação e aplicação são produtos de construtos culturais que se confundem com os rumos tomados pelo ser humano. Não à toa a doutrina identifica que o sistema jurídico vem se alterando para um modelo aberto de interpretações, pelos quais os princípios “funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional” (TEPEDINO, 2000, p.23).

Essa abertura decorre de uma crise de legitimidade sofrida quando o Direito é visto como sistema exclusivamente formal e rígido, dissociado dos valores culturais em que se insere. Se o legislador não consegue enxergar os anseios da sociedade, e o jurista se afasta da análise do direito sob o foco das discussões político legislativas, o Direito será produzido “de costas para sociedade” (TEPEDINO, 2000, p. 24) e, assim, perderá a legitimidade enquanto instrumento regulador de condutas:

Mais grave ainda, [...], é considerar a tarefa do jurista apartada das ciências sociais, cabendo-lhe tão-somente racionalizar o conjunto de transformações ocorridas na sociedade, cuja análise, no entanto, estaria a cargo dos historiadores, filósofos, economistas e sociólogos. Em imagem eloquente, projetou-se a figura de um legislador que apenas chancela as transformações sociais, sem protagonizá-las: nada além de um tabelião da história (TEPEDINO, 2000, p. 24).

Essa noção transdisciplinar e descentralizadora vai ao encontro da tese proposta por Peter Häberle (1997) ao enxergar a existência de uma *sociedade aberta* de intérpretes da Constituição. Para o autor, como a Constituição é um instrumento político, à sua interpretação e aplicação estão “potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes”, de modo que, quanto mais pluralista for a sociedade, mais abrangentes serão os critérios de interpretação (HÄBERLE, 1997, p. 13).

Tais formas de enxergar e interpretar a Constituição afeta diretamente a própria aplicação do direito, emergindo-se a importância do processo jurisdicional como instrumento dessa aplicação, como manifestação efetiva do poder Estatal. E o modo como se organizava a sociedade, e a cultura se manifestava, definiu os mecanismos de materialização do poder de diferentes formas, variando em cada sociedade e em cada tempo.

Para compreender esse mecanismo de manifestação do poder estatal, a doutrina identificou paradigmas metodológicos predominantes dos países que influenciaram a formação do Brasil como Estado de orientação Liberal-Democrática, buscando definir qual é o modelo teórico aplicável hoje. E essa busca teórica será tratada no tópico a seguir.

2.1.2 Os paradigmas metodológicos (ou modelos teóricos) do direito e do processo

A relação direta entre o direito e o poder é elemento presente na doutrina (ALVARO DE OLIVEIRA, 2006, p. 12), razão pela qual as manifestações pelo direito acompanharam as transformações da ordem social e da dinâmica do poder. Diante disso, se o processo jurisdicional é o mecanismo do direito pelo qual o poder se manifesta no mundo real, a análise histórica dos paradigmas metodológicos do direito é dotada de pontos de contato com a definição das características do processo com o conhecemos hoje.

Segundo Cândido Dinamarco (1996, p.22), é possível classificar a história do processo em três fases metodológicas: a fase *sincrética*, a *autonomista* e a *instrumentalista*. De acordo com Cláudio P. Madureira, a doutrina de Daniel Mitidiero, ao seu turno, apresenta divisão didática similar à de Dinamarco (MADUREIRA, 2015, p. 253-254), mas diverge substancialmente na última fase, uma vez que propõe estarmos vivenciando um quarto paradigma metodológico. Nesse contexto, Mitidiero classifica as fases metodológicas com os títulos *praxismo*, *processualismo*, *instrumentalismo* e *formalismo-valorativo* (MITIDIERO, 2005, p. 17-21)⁸.

Ao se analisar as diversas fases metodológicas sob o prisma da teoria da constituição, também se observa uma divisão didática em três fases, como pontuado por Luigi Ferrajoli (2013, p.17), para quem os modelos podem ser identificados como: *jurisprudencial*, *legislativo* e *constitucional*.

Apesar das diferenças nas nomenclaturas, as fases identificadas por cada autor apresentam importantes convergências conceituais, complementares de autor para autor. Por questões didáticas utilizaremos por padrão os termos da obra de Daniel Mitidiero, a qual, como será melhor detalhado ainda nesse capítulo, inova ao propor a existência de uma quarta fase metodológica, conceitualmente divergente da proposta clássica da terceira fase de Dinamarco.

2.1.2.1 O praxismo pré-moderno e a pluralidade de jurisdições

A primeira fase metodológica delineada pela doutrina, o *praxismo*, corresponde ao momento histórico do não Estado, aí abrangendo predominantemente a Antiguidade e a Idade Média. O processo não era autônomo, e os tribunais exerciam fundamental papel na definição de precedentes na ausência de leis e de um ente que concentrasse a produção das fontes do direito, em verdadeira pluralidade de jurisdições, com múltiplas competências (a eclesiástica,

⁸ Muito embora Mitidiero tenha sido um dos primeiros autores a estudar o formalismo-valorativo, em suas obras recentes o autor passou a criticar tal expressão, e manteve conceitualmente esta quarta fase metodológica do processo com o nome “processo civil do Estado Constitucional”, o qual possuiria, segundo o autor, maior relação com a lógica teórica defendida. Ele explica, em síntese, que costumeiramente se atribuiu uma carga negativa ao termo “formalismo” e, ainda, que pode ser confundido com formalismo jurídico ou formalismo interpretativo (MITIDIERO, 2015, p. 48-50). Uma vez que, conceitualmente, os termos “formalismo-valorativo” e “processo civil do Estado Constitucional” referem-se à mesma construção teórica processual, e, considerando ainda, que abordar tal divergência teórica, apesar de sua importância científica, acarretaria em substancial desvio dos objetivos do presente trabalho, adotar-se-á, para fins de padronização da presente dissertação, o termo “formalismo-valorativo” em consonância com a doutrina majoritariamente adotada nesta pesquisa, especialmente Alvaro de Oliveira (2006), Madureira (2015) e Zaneti Júnior (2007), os quais defendem em suas obras a adequação do termo, e por ser a expressão difundida e usualmente adotada nas produções acadêmicas vinculadas ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da UFES.

a privada, as universidades e a Estatal/provincial) (FERRAJOLI, 2013). Essa pluralidade de jurisdições era difundida, segundo Honneth, em diferentes corporações, cujas regras materiais e processuais baseavam-se predominantemente em assentimentos morais ou acordos éticos (HONNETH, 2015, p. 129).

Segundo Ferrajoli, esse paradigma foi observado na chamada pré-moderidade, que abrangeu o período compreendido entre o Direito Romano, na antiguidade, até a era das codificações. Nesse período não havia um órgão, como o Estado, que concentrasse o monopólio da produção jurídica e das fontes do direito. Por essa razão, o ato de dizer o direito consistia predominantemente em um conjunto “de máximas, de categorias, de princípios e de precedentes judiciais transmitidos pela cultura e pela prática jurisprudencial e doutrinária. (...) A sua norma de reconhecimento é, de fato, a sua intrínseca **justiça** ou **racionalidade**” (FERRAJOLI, 2013, p.18).

Havia leis, mas também um conjunto de particularismos de ordenamentos em um mesmo território, transmitidos pela tradição, pela jurisdição e pela doutrina. Por essa razão o Direito, nesse período, era comumente confundido com a moral e a filosofia do direito preconizava o jusnaturalismo (FERRAJOLI, 2013, p.18), pelo qual as regras de organização social e de prescrição de conduta humana são ditadas por preceitos morais inerentes ao ser humano, mesmo que não formalizados.

O direito de ação, ao seu turno, era um desdobramento do direito material, qual seja, o direito civil. Por isso, a Natureza Jurídica do processo nessa época era de contrato ou quase contrato. As regras de Estado eram ditadas pelo rei, e os litígios não estatais eram os civis, cujo processo tinha natureza contratual (MITIDIERO, 2005, p. 17). Via de regra, os sujeitos não eram autores diretos das normas vinculantes, as quais, predominantemente, eram impostas por instituições cuja força legitimadora era supra-humana, como a Igreja, ou o Príncipe, por exemplo.

2.1.2.2 O *processualismo* e o enquadramento do Direito como ciência formalista dissociada do conceito de justiça

A próxima fase foi a do *processualismo*, ou do *autonomismo*, decorrente do Estado Liberal (BONAVIDES, 2011, p. 43), quando a sociedade fez nascer a ciência, e o processo seria

incluído como tal. Tinha inspiração hobbesiana, e surgiu com a concentração da produção das fontes do Direito na figura do Estado. Ele correspondeu à era das codificações, e simbolizava um contraponto direto à ideia de jusnaturalismo do paradigma anterior. “Com base neste modelo, cuja norma de reconhecimento é o **princípio da legalidade**, as normas existem muito mais pelo fato de que são produzidas do que pelo fato de serem deduzidas” (FERRAJOLI, 2013, p.19).

O direito enquanto ciência passou a ser composto de sistemas “nomodinâmicos”, ou seja, por conjuntos delimitados por um objeto – o direito positivo – e cujos elementos constituintes eram as normas jurídicas, diretamente baseadas nos textos das leis, as quais deviam guardar coerência interna – dentro desse sistema fechado – e ditar as regras de criação e extinção de outras leis. Como a norma ditava os critérios de existência e validade da própria norma, o sistema jurídico era denominado “autopoiético”, de modo que o operador do direito devia se atentar predominantemente com os critérios de existência e de validade da norma (FERRAJOLI, 2013).

Assim, a forma de produção normativa se mostrava mais importante que o próprio conteúdo semântico e pragmático da lei, uma vez que a existência e a validade das normas decorriam desses sistemas nomodinâmicos. Nesse período, “já não é a autoridade dos doutores, tampouco a intrínseca justiça ou racionalidade das normas, mas a autoridade de suas fontes, que embasa a pertinência de uma norma jurídica a determinado ordenamento” (FERRAJOLI, 2013, p.19).

O direito passou a ser visto como ramo do conhecimento dissociado da moral e do próprio conceito de justiça. Ele passou a ter relação com o conceito de validade, do predomínio da forma decorrente do princípio da legalidade, e cujo resultado pode significar normas substancialmente injustas, desde que guardem coerência com as regras de formação do sistema. Completa ainda, Ferrajoli (2013, p.19):

A possível injustiça das normas é o preço que se paga pelos valores da certeza do direito, da igualdade perante a lei, da liberdade contra o arbítrio e da submissão dos juizes ao direito assegurados por tal modelo. Compreende-se que o **juspositivismo** é a filosofia do direito que se afirma em conformidade com esta experiência. O ponto de vista da justiça, conseqüentemente, se torna autônomo em relação ao direito e à ciência jurídica como ponto de vista político e axiológico, externo tanto a um quanto a outra.

O direito processual civil, por sua vez, passou a ser delimitado como um ramo autônomo em relação ao ordenamento jurídico, sem qualquer vínculo de dependência com o direito material e, especialmente, como valores ou regulações morais. Nessa época foi desenvolvida a *teoria da ação*, que ocupou papel central na definição do processo civil como ciência autônoma.

O processo devia ser instrumento dotado de tecnicismo, atentando a critérios formais de validade, mesmo que, em substância, acarretasse medidas práticas alheias ao que se considerasse justo. Em verdade, a definição do processo como um instrumento racional o afastava intencionalmente dos conceitos de justiça (MITIDIERO, 2005, p.19), e o Juiz, nesse período, era apenas um emissor de leis, quase que automaticamente, sem qualquer abertura para a interpretação, prevalecia “a figura do juiz inerte, do juiz que era a *bouche de loi*, sem qualquer poder criativo ou de *imperium*, foi sustentada pelo mito da neutralidade” (MARINONI, 1996, p.66).

2.1.2.3 O *instrumentalismo*, o papel central da jurisdição e o retorno da ligação fundamental entre Direito e justiça

A terceira fase metodológica do processo foi nominada por Dinamarco de *instrumentalista*. Segundo Madureira, Daniel Mitidiero inicialmente havia nomeado tal fase de *formalismo-valorativo*, como um equivalente ao instrumentalismo. No entanto, o autor reconstruiu sua tese ao compreender que o método de aplicação do direito e de alcance da justiça no *formalismo-valorativo* apresentava importantes diferenças em relação ao *instrumentalismo* de Dinamarco (MADUREIRA, 2015, p. 255-256), razão pela qual passou a definir o *formalismo-valorativo* como uma quarta fase metodológica do processo, correspondente ao que se observa nos dias atuais, como uma evolução do instrumentalismo (MITIDIERO, 2005, p. 47), o qual, para fins de classificação, mantém sua importância histórica como terceiro modelo teórico.

Nesse contexto, o *instrumentalismo*, como classificação didática originalmente concebida por Dinamarco, foi moldado pelo Estado Social criado no início do século XX, depois da Segunda Guerra, no período de reconstrução dos Estados após os anos totalitários⁹. Ferrajoli nomeou tal fase como *constitucional* ou *neojuspositivista*, observado como uma evolução do modelo

⁹ Importante destacar que Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 não sofreu influência dessa fase, pois nasceu tardiamente sob influência da fase anterior, a processualista, decorrente de um estado liberal. Em verdade, o próprio Estado brasileiro não viveu sob a égide do Estado Social no curso do século XX, conforme Rodrigo Mazzei (2014).

positivista que se deu após a Segunda Guerra e com a difusão das Constituições rígidas europeias que criaram os Estados Constitucionais de Direito (FERRAJOLI, 2013, p. 20).

Nesse modelo teórico, a existência e vigência das normas ainda dependem de procedimentos formais de criação, modificação ou revogação; ainda se observa um rigor formal para a existência de coerência interna dentro de um sistema jurídico. Nesse ponto – criação, extinção e modificação das leis – a “norma de reconhecimento continua sendo o velho princípio da legalidade formal” (FERRAJOLI, 2013, p. 20). No entanto, diversamente do modelo teórico positivista, este modelo constitucional compreendia a validade da norma como elemento relacionado à substância, ou ao conteúdo semântico e pragmático, baseado em princípios de legalidade substancial, os quais vinculam as normas jurídicas “à coerência com os princípios e os direitos constitucionalmente estabelecidos” (FERRAJOLI, 2013, p. 20).

A Constituição deve cumprir o papel de instrumento definidor de princípios e direitos fundamentais, em cláusulas pétreas que guardam o objetivo de proteger o povo de maiorias eventuais. É o que Ferrajoli denomina “esfera do não decidível: aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, em violação aos direitos sociais, estes e aqueles estabelecidos pela constituição” (FERRAJOLI, 2013, p. 20).

Segundo essa linha de raciocínio, as normas de envergadura constitucional, definidoras de direitos fundamentais, seriam nomoestáticas, enquanto as normas infraconstitucionais, voltadas para a regulação das relações intersubjetivas de forma geral e abstrata, sob o crivo da Constituição, permaneceriam nomodinâmicas, tal como preconizado pelo modelo teórico legalista (FERRAJOLI, 2013, p. 21).

Essa noção é fundamental para se compreender em que medida o processo pode ser utilizado como instrumento de jurisdição contramajoritária: a Constituição, como instrumento nomoestático, não pode ser facilmente alterada pelas maiorias eventuais, ou seja, por uma configuração subjetiva do poder legislativo que afronte aqueles ditames pétreos. Por isso, os procedimentos de emendas constitucionais exigem quórum tal que dificultem alterações ao texto.

A legislação infraconstitucional, ao seu turno, enquanto nomodinâmica, está naturalmente submetida às maiorias eventuais já que, em tese, a criação, revogação e alteração desse conteúdo é o objeto primordial do Poder Legislativo.

No que concerne especificamente ao processo, seus parâmetros metodológicos trouxeram a ideia de lhe tirar o peso de ciência, sob justificativa de isso afastá-lo do conceito de justiça, da substância, do material, o que era demonstrado pelo alto número de decisões sem análise de mérito. Em suma, o processo não simbolizava eficácia, nem era sinônimo de justiça.

A ruptura da lógica formalista se sustenta no fundamento exposto por Ovídio Batista de negação da utopia da neutralidade, a qual cumpria o papel de afastar o juiz da responsabilidade de decidir: “através dela que o juiz consegue a tranquilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável”, de modo que eventual injustiça seria atribuída tão somente ao legislador (SILVA, Ovídio. 2006, p. 16).

Segundo Dinamarco, o modelo teórico instrumentalista tinha por finalidade definir três escopos ao processo: o *jurídico*, pelo qual o processo era visto como instrumento de busca pela solução do mérito com relação direta com o direito material; o *social*, pelo qual o processo era tido como instrumento de pacificação social; e o escopo *político*, o qual atraía maior participação dos sujeitos nas definições relevantes dos rumos da coletividade (DINAMARCO, 1996, p.270).

Por meio da atenção de tais escopos, o processo assume “uma dimensão ampliada, de instrumento voltado para fora do sistema, que tem por objetivo primordial a entrega de uma prestação jurisdicional adequada, tendente à realização do ideal de justiça” (MADUREIRA, 2015, p. 257), e cuja efetivação depende diretamente da atuação do juiz (MADUREIRA, 2015, p. 260) enquanto sujeito designado pelo ordenamento para dizer o direito, quando esgotadas as outras vias de composição.

Como a adoção de tal metodologia dependia diretamente do ato de interpretar do juiz – o qual deixará de ser mero decodificador de leis e passou a ter de julgar de acordo com os escopos jurídico, social e político, com foco nos efeitos pragmáticos do processo – a ciência processual deixou de ter a teoria da ação como núcleo teórico, o qual foi substituído pela jurisdição (DINAMARCO, 1996, p. 79-81).

A partir da análise da metodologia proposta pelo modelo *instrumentalista*, a doutrina processual percebeu que tal fase correspondeu a uma espécie de via intermediária entre os modelos *sincrético (praxista)* e *formalista* (MADUREIRA, 2015, p. 259), tal como observado por Ferrajoli (2013, p. 21) quando da análise metodológica do próprio direito, demonstrando mais uma vez como os modelos teóricos do Direito e do Processo trilham caminhos semelhantes no curso da história, ambos em consonância com a própria dinâmica do poder.

Contudo, a análise metodológica do Direito Processual por parte da doutrina alcançou pontos de divergência em relação ao *instrumentalismo* de Dinamarco; uma delas relaciona a posição nuclear da jurisdição ao centralismo no juiz em detrimento da importância dos demais sujeitos do processo na composição do litígio:

O que se dá é que o instrumentalismo, quando privilegia a jurisdição em detrimento da ação e do processo, concebe e avaliza a conformação de uma relação assimétrica entre o juiz e as partes, conferindo ao julgador posição de superioridade no processo, o que abre campo, por um lado, para prolação de decisões judiciais arbitrárias e, por outro, para que a parte sucumbente prossiga questionando a justiça da decisão proferida mesmo após o encerramento das discussões no ambiente processual (MADUREIRA, 2015, p. 261).

Se a metodologia de composição da lide confere a um julgador/juiz o poder de dizer o direito sem a devida participação dos demais sujeitos – sobretudo das partes – em suas respectivas funções, aumenta-se a possibilidade de prolação de decisões arbitrárias, o que, ao seu turno, reduz a legitimidade do próprio Direito como órgão Estatal de solução de conflitos.

Uma segunda crítica ao modelo instrumental e à posição nuclear da jurisdição é a limitação do papel do juiz ao ato de adequar uma relação litigiosa a um direito material pré-existente. Com isso, o formalismo processual é apenas substituído pelo rigor do texto de direito material pré-definido, afastando a possibilidade de “atividade criativa do juiz” para o objetivo de composição da lide, surgindo em seu lugar uma vinculação do juiz ao texto da lei material (ZANETI JÚNIOR, 2007, p, 138).

Essa crítica é observada no exemplo do caso de Fortunata, exposto no capítulo 1 desta dissertação, uma vez que, naquele caso, o Tribunal de Relações valeu-se do direito material vigente no período para negar a alforria requerida na inicial, sustentando que deveria prevalecer, naquele caso, a regra constitucional da propriedade. Tal decisão, baseada no

direito material, superou os argumentos principiológicos do juiz em 1ª instância, o qual se afastou deliberadamente do entendimento predominante no período, positivado, para sustentar que “é fora de qualquer dúvida, que a cessação gradual da escravidão entre nós está na ordem da pública utilidade e assim se tendo definido a nossa moderna legislação; não há dúvida da limitação razoável que deve sofrer, e que realmente padece tal direito” (CHALHOUB, 1990, p.146). Vale reiterar que tal caso não se mostrou exemplo isolado, mas era prática reiterada em pontos diversos do país, como reflexo dos momentos de transição ocorridos no período¹⁰.

Em verdade, a partir da análise dos processos voltados à decretação de libertação, ou confirmação do estado de escravidão, que tramitaram antes de 1888, é comum o desenvolvimento de teses que iam de encontro, inclusive, ao texto constitucional – no caso, ao texto da Constituição outorgada em 1824. Mais uma vez o caso de Fortunata serve de exemplo, na medida em que o juiz, em primeira instância, argumentou por relativizar o direito de propriedade constitucionalmente garantido pelo artigo 179, parágrafo 22 da Constituição, com base em uma construção hermenêutica do Livro Quarto, título 11, parágrafo 4 das Ordenações Filipinas.

Isso traz à luz o fato de já haver juristas, no contexto conturbado pré-abolição de meados do século XIX, que se valiam de conceitos de justiça crescentes naquele ambiente social, conceitos estes capazes de alterar entendimentos predominantes no próprio texto constitucional. Muito embora o modelo instrumentalista tenha surgido predominantemente com o estado social do século XX, a necessidade de apego a preceitos de justiça já era vista no século anterior, justificando uma sentença claramente contramajoritária – o entendimento predominante no judiciário ainda era favorável à escravidão, conforme exposto no capítulo 1.

Mas a sentença em primeira instância traz, também, uma distorção ao modelo instrumentalista, na medida em que busca alterar, a partir de uma lógica interpretativa coerente, o próprio texto constitucional, o qual, nos termos do instrumentalismo, é nomoestático. O juiz, no caso, compreendeu que mesmo o texto Constitucional não estava de acordo com os padrões de justiça que ele compreendia como adequados, e eticamente padronizados.

¹⁰ Conforme já citado em CAMPOS, 2018; CHALHOUB, 1990; MAMIGONIAN, 2017, dentre outros.

Esses pontos de divergência, e as problematizações identificadas no paradigma instrumentalista fundamentaram o desenvolvimento de um quarto modelo teórico: o do *formalismo-valorativo*, em que, como se verá, o processo é visto como um ambiente de diálogo democrático mais sensível às alterações valorativas.

2.1.2.4 O formalismo-valorativo como modelo centrado no conceito democrático de processo e na ponderação entre efetividade e segurança jurídica

Conforme informa Madureira, o termo *formalismo-valorativo* foi originalmente cunhado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (MADUREIRA, 2015, p.263), a partir de ensaios que objetivavam expor a antinomia existente entre o formalismo puro e o conceito de justiça (ALVARO DE OLIVEIRA, 2006, p.7).

Seu ponto de partida é a negativa do formalismo puro como instrumento efetivo de aplicação do Direito. Não se trata de uma negação genérica ao formalismo, mas uma busca por adequada delimitação. A partir de tal modelo teórico, o formalismo cumpre importante função de organizar e dar previsibilidade ao processo, igualar formalmente as partes, disciplinar a atuação do juiz e, assim, garantir a “liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado”. Por meio da capacidade organizadora, o formalismo confere efetividade ao processo, e por meio da função disciplinadora, ele confere segurança jurídica (ALVARO DE OLIVEIRA, 2006, p.8-10).

Percebe-se, assim, que há uma medida ideal, mas variável, de aplicação de regras formais, sem as quais se comprometeria a efetividade e a segurança jurídica, mas, ao seu turno, em excesso, engessaria a atividade jurisdicional – obrigando-a a decidir apenas com base em textos pré-definidos, sem qualquer margem interpretativa – bem como afastaria a possibilidade de coparticipação das partes na busca pela solução do problema que elas próprias levaram à tutela jurisdicional.

Nesse contexto, o formalismo poderá ser mitigado por um sistema dialógico potencialmente focado em um resultado de mérito que seja o somatório das construções valorativas dos sujeitos do processo (não apenas das partes), e poderá ser um instrumento de liberdade pelo direito – no sentido de Honneth – se o processo jurisdicional compreender aqueles três requisitos já aqui sistematizados: as normas e, principalmente as práticas processuais, devem

habilitar os sujeitos a preverem as condutas dos demais (não surpresa); elas devem, ainda, ser compreendidas como uma referência universalizada dos valores reciprocamente defendidos, em relação de reconhecimento recíproco; e, por fim, devem orientar os sujeitos a refletir e efetivar suas condutas, possibilitando a formação dos elementos necessários à participação efetiva daquele sujeito na construção do resultado (HONNETH, 2015, p. 147).

Nesse ambiente, para se alcançar a almejada coparticipação, bem como a medida intermediária entre o não formalismo e o excesso, deve-se colocar o processo jurisdicional em análise, e daí se extrair seu papel ontológico no ordenamento social e o conjunto de valores que se pretende atingir por meio dele.

A partir da análise da função do processo no complexo social, Alvaro de Oliveira expõe que “seu emprego pode consistir em estratégias de poder, direcionadas para tal ou qual finalidade governamental”, e complementa:

Daí a ideia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social (ALVARO DE OLIVEIRA, 2006, p.12).

Por meio dessa compreensão, o autor estabelece que o formalismo-valorativo, enquanto paradigma metodológico, parte do pressuposto de que o processo deve atingir valores: “por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo”. Além disso, o processo também deve ser orientado, de forma predominante, pelos “valores constitucionais e os valores culturais relacionados ao meio onde se insere” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2006, p.13).

Como se vê, tanto o modelo *instrumentalista* como o *formalismo-valorativo* entendem o processo como mecanismo de alcance de justiça. No entanto, na medida em que o *instrumentalismo* enxerga na jurisdição seu núcleo de incidência, o qual deve garantir a aplicação do Direito Material legislado, o *formalismo-valorativo* confere protagonismo ao processo, visto como ambiente de criação do Direito mediado pelo formalismo (MADUREIRA, 2015, p.265), criação essa não exclusiva ao órgão jurisdicionado, mas difundida a todos os sujeitos do processo, inclusive as partes enquanto intérpretes.

Tal criação se dá em todo curso processual, e não apenas no ato de decidir decorrente do exercício específico da jurisdição, uma vez que sua construção depende da interpretação do direito material dado pelas partes, no exercício do contraditório. E o exercício de interpretação, em termos práticos, enquanto ato capaz de prescrever condutas, ocorre no bojo do processo.

Esse mecanismo foi identificado pela doutrina como “Teoria Circular dos Planos” (ZANETTI JR., 2006, p.192), pelo qual o intérprete parte do Direito Material geral e abstrato para adequar sua forma de ver a norma no ambiente processual, e será a partir dessa visão interpretada – não a partir da norma geral e abstrata – que o Direito Material será novamente reconstruído pelo juiz quando proferir a sentença. Em suma, o processo nasce do Direito Material e a ele retorna, mas apenas após sucessivas reconstruções decorrentes de interpretações dadas pelos diferentes sujeitos.

A partir de tais considerações, parte da doutrina processual entende que o Código de Processo Civil promulgado em 2015 sofreu predominante influência do paradigma *formalista-valorativo*, o que se observa da análise de alguns importantes artigos do caderno processual (MADUREIRA, 2015, p.274-277).

Exemplos dessa inspiração estão dispostos pelo Código em importantes dispositivos, como o artigo 3º, ao ditar o predomínio da busca pela solução consensual; no artigo 6º, ao estabelecer a cooperação como dever de conduta e definição de mecanismos de trabalho aos sujeitos (não apenas às partes) para que se obtenha decisão de mérito justa e efetiva; bem como no artigo 10, com a prevalência do contraditório mesmo nos casos que permitam ao juiz decidir de ofício; o artigo 190, que permite aos sujeitos modificar o procedimento e criar inclusive normas de natureza processual; e ainda o artigo 489, §1º, inciso IV, o qual determina que não se considera fundamentada a decisão judicial que não enfrente os argumentos trazidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Ponto comum dos exemplos acima citados é a maior atribuição de deveres e responsabilidades aos sujeitos do processo além do juiz, expondo que o resultado efetivo do processo depende de uma construção e reconstrução do direito, intrinsecamente relacionada ao ato de interpretar pertencente a todos os sujeitos. O Estado, então, perde a centralidade no dizer o direito.

Diante de todas essas informações extraídas da doutrina, é importante se ter em foco duas premissas, necessárias para se compreender o alcance do diferencial teórico do formalismo-valorativo.

A primeira premissa é a compreensão de que apenas o texto de lei, da Constituição, de sentenças, não são normas jurídicas. As normas, em verdade, serão o fruto da interpretação de um agente quando da leitura daquele texto formalmente valorado pelo ordenamento jurídico. “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, 2004, p.22).

Acrescenta-se aqui que, a partir de tal premissa, se a norma é diretamente vinculada à atividade de interpretação, e se os paradigmas contemporâneos de processo jurisdicional – tanto o instrumentalista como o formalista-valorativo – atraem novamente o agir processual aos conceitos de justiça, há que se concluir que as análises da ciência do direito não podem se limitar ao estudo do texto, da dogmática ou de um especulativo conteúdo semântico, potencialmente aplicável, extraído do texto; mas, predominantemente, deve ser ampliadas para observar e sistematizar as práticas dos diversos sujeitos nos seus respectivos processos, tanto no aspecto histórico como no sociológico:

O motor e o meio dos processos históricos da realização dos princípios da liberdade institucionalizada não é o direito, ao menos não em primeiro lugar, mas as lutas sociais pela adequada compreensão desses princípios e as mudanças de comportamento daí resultantes. Por isso, a orientação das teorias da justiça contemporâneas pelo paradigma do direito também é um equívoco; é o caso de se considerar muito mais, em igual medida, a sociologia e a historiografia, já que é inerente a essas disciplinas dirigir sua atenção às mudanças do comportamento moral cotidiano (HONNETH, 2015, p. 629-630).

O direito, como sistematização legitimada da justiça – segundo as concepções predominantes – tem no processo jurisdicional a ferramenta de efetivação desses conceitos de justiça, já que é ele quem liga a norma jurídica material à realidade. Por isso, o direito não pode ser esquecido como instrumento fundamental de universalização racional de padrões éticos, mas ele deve ser visto tal como é: um instrumento, não o fim. Ele não pode deixar de decidir quando instado, mas não pode sempre assumir a posição de protagonismo nas soluções dos conflitos.

A segunda premissa, ao seu turno, parte da primeira: não há como se definir precisamente, a partir de critérios definidos *a priori*, qual é a medida de influência entre texto e interpretação para a criação e aplicação da norma jurídica. O dissenso reside exatamente em conhecer se a norma é um equilíbrio perfeito entre leitor e texto, ou se ela é fruto de um exercício predominante de interpretação sobre um texto, ou, ainda, se o texto deve predominar sobre a interpretação.

Esse embate entre interpretação e texto para a criação da norma jurídica possui pontos de contato com outro frequente dilema amplamente trabalhado na doutrina jurídica, quando se dedicam a analisar a colisão entre os valores da segurança jurídica e da eficácia.

A segurança jurídica está relacionada ao formalismo, às premissas formais pré-estabelecidas, ao texto, de modo que maior interferência humana lhe atrairá potencial ofensa. A eficácia, ao seu turno, está comumente atrelada à flexibilização da segurança jurídica a partir do adequado exercício de interpretação do agente aplicador.

Diante dessas premissas, percebe-se o formalismo-valorativo como uma vertente que enxerga a prevalência da interpretação sobre o texto, e da eficácia, como instrumento de Justiça, sobre a segurança jurídica, a qual não fica mitigada, mas, por convenção social tácita, flexibilizada dentro de parâmetros de segurança. Tais parâmetros, ao seu turno, não são estáticos nem pré-definidos – até pela natureza dinâmica no ordenamento social e das interações humanas – mas resultado da dialética, do debate democrático:

Impõe-se ressaltar, outrossim, que nos dias atuais vários fatores vêm determinando uma maior prevalência do valor da efetividade sobre o da segurança. [...] Essa mudança de paradigma, que introduz um direito muito mais flexível, menos rígido, determina também uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para um estado dinâmico. Assim, a segurança jurídica de uma norma se mede pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade (ALVARO DE OLIVEIRA, 2006, p. 16-17).

A segurança jurídica em seu aspecto formalista, então, será um mediador entre os intérpretes na lógica do formalismo-valorativo. Daí se concluir que, para tal vertente metodológica, a construção da norma jurídica se dá com o predomínio da interpretação sobre o texto, inclusive com a possibilidade de se alterar o sentido semântico ordinariamente atribuído à redação da lei.

Tem-se, nesse ponto, outra grande diferença entre o *instrumentalismo* e o *formalismo-valorativo*: no primeiro aceita-se flexibilizar a interpretação da norma processual para se aplicar o direito material com maior eficácia, e assim se alcançar a justiça; no segundo, inclusive as regras de direito material devem ser flexibilizadas, “no sentido da sua justa aplicação, visto que a efetiva conformação do direito material aplicável aos casos concretos apenas sobressai da sua incidência casuística, mormente no ambiente processual” (MADUREIRA, 2015, p.268).

O processo civil, nessa lógica, será instrumento mediador e regulador dos debates entre os diversos intérpretes da lei, instituindo procedimento que viabilize uma “correta aplicação do Direito”, mais próximas dos conceitos de justiça, também denominado “pretensão de correção”, nos dizeres de Hermes Zaneti Júnior (2007, p. 109-110):

... trata-se de uma regra pensada para solucionar o dilema entre direito e moral. A pretensão de correção significaria, nesse quadro, o comprometimento com a aporia fundamental do direito: a justiça. [...] Não se trata de adotar uma moralidade objetiva ou da aceitação de um texto legal como resposta justa, verificado apenas quanto à sua validade e eficácia. Trata-se de buscar, mediante o procedimento discursivo, a solução mais adequada.

O texto prescritivo de condutas dotado de legitimidade legislativa deixa de ter um entendimento padronizado que atenda todas as situações da vida, mas será um parâmetro ao intérprete, oriundo do próprio direito com sua linguagem própria, quando da aplicação da norma jurídica.

O formalismo-valorativo se relaciona, portanto, diretamente à ideia da dialética hegeliana, na medida em que busca certa finalidade a partir das relações intersubjetivas, dos embates argumentativos desenvolvidos não apenas pelas partes conflitantes, mas por todos os sujeitos do processo, os quais, ao fim, acabam por serem produtores do conteúdo jurídico particular daquele caso. A lei material não é uma fonte rígida de regras formal e racionalmente universalizadas, mas parâmetros balizadores das diferentes interpretações – as do autor na petição inicial, as do réu nas defesas, a do perito nos laudos, a do juiz nas decisões, por exemplo – que buscam, pela garantia do contraditório e da transparente atribuição de deveres, alcançar uma sentença de mérito próxima aos conceitos de justiça.

O formalismo-valorativo, então, em sua pretensão de aproximar o processo jurisdicional dos conceitos de dialética e de justiça, apresenta um balizador nomoestático, tal como feito pelo instrumentalismo, que são os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos; eles seriam os elementos garantidores de proteção contra as maiorias eventuais, ou seja, seriam as fontes maiores de viabilização do direito como instrumento de uma jurisdição contramajoritária. Mas, ao analisar os elementos empíricos eleitos para a presente dissertação, observa-se que mesmo a Constituição, em alguma medida, já foi – e, possivelmente ainda é – instrumento que reflita exatamente as maiorias eventuais, ou seja, é interpretada de acordo com elementos éticos condizentes com as maiorias eventuais.

A título de exemplo, cita-se caso narrado por Campos e Motta (2015), contextualizado logo após a outorga da Constituição Imperial de 1824, e que serve de parâmetro para medir que as diferentes interpretações praticadas nos processos jurisdicionais podem estar relacionadas às alterações de eficácia das normas jurídicas de teor constitucional também.

Narram as autoras que o texto constitucional previa (no que concerne ao objeto da presente análise): uma garantia de “direito de petição” ao Legislativo ou ao Executivo, pelos cidadãos brasileiros, com o objetivo de denunciar violações diretas à Constituição; trazia fortes elementos do nascente liberalismo europeu; concedia cidadania brasileira aos ex-escravos, libertos que haviam nascido no Brasil, mesmo que nascidos de africanas; mas negava expressamente cidadania brasileira aos escravos e aos africanos libertos. No entanto, apesar de o texto constitucional trazer forte inspiração liberal europeia em sua semântica original, as interpretações não eram nesse sentido, pois refletiam padrões éticos conservadores de fonte escravagista (CAMPOS; MOTTA, 2015).

Possivelmente graças a essa divergência de interpretações, os juristas do período utilizaram o aludido direito de petição à exaustão, a ponto de se registrar, no ano de 1826, por exemplo, mais de 70 petições por mês só à Câmara dos Deputados, especialmente relacionadas às diversas ações de libertações ajuizadas por escravos, ou às ações de escravização ajuizadas pelos senhores (CAMPOS; MOTTA, 2015).

É nesse contexto que as autoras narram o exemplo do negro Delfino, o qual tinha sua liberdade contestada na justiça por uma ação de escravidão, de onde havia emanado ordem de apreensão, cumprida no calabouço da Corte. Delfino sustentava ser livre mediante alforria

concedida por seu antigo e falecido senhor, um dos fazendeiros mais influentes da região; no entanto, os herdeiros do referido fazendeiro litigavam no bojo do inventário, e o estado de liberdade de Delfino e a validade do documento de alforria eram pontos de divergência; de toda forma, o inventariante arrolou Delfino como bem do espólio, e requereu, ao juízo do inventário, a apreensão do negro, o que foi cumprido (CAMPOS; MOTTA, 2015). Esse era um problema comum observado nas análises de vários processos judiciais do período (CHALHOUB, 1990, p.87).

Cumprido ressaltar que, aos olhos do inventariante requerente, e do juiz que deferiu a medida, Delfino, como escravo, não era pessoa, daí se dizer que ele foi *apreendido* – em ato de natureza civil – e não *preso*, como uma pena ou medida cautelar de natureza criminal.

Delfino, então, foi autor de petição dirigida à Câmara nesse ano de 1826, sustentando a inconstitucionalidade de sua prisão, pois fora proferida cautelarmente, sem sua prévia oitiva, sem qualquer formação de culpa, e à revelia da carta de alforria que possuía. O defensor do negro sabia que o aludido direito de petição era restrito aos cidadãos brasileiros, e que os escravos não eram assim considerados; logo, em tese, não teriam capacidade de ser parte nessa pretensão. Para superar esse potencial vício procedimental, o procurador teve o cuidado de defender o cabimento da pretensão sustentando, como premissa, que Delfino era liberto, por carta de alforria, e, via de consequência, a prisão era inconstitucional; partiu do princípio que sua prisão lhe atribuiu o errôneo estado de escravo por força de uma disputa judicial instaurada por terceiros (os herdeiros de seu antigo senhor), mas, como de fato não o era, a petição era cabível; fundamentou, ainda, nos nascentes ditames liberais europeus, que haviam influenciado a Constituição dois anos antes, especialmente o argumento da liberdade como regra a todo indivíduo, ou seja, o estado de liberdade era presumido (CAMPOS; MOTTA, 2015).

A partir da análise do mérito da petição, percebe-se que o representante de Delfino pretendeu inverter o conteúdo material da lesão sofrida pelo negro: ele não tratou como um ato civil de apreensão de um escravo, mas sim de um ato inconstitucional penal – daí argumentar por falta de formação de *culpa* – que resultou em prisão de cidadão brasileiro. Novamente, o processo, aqui, foi ferramenta que pretendeu, mais que o direito de ir e vir de Delfino, mas o reconhecimento pelo direito, uma busca por pertencimento a um contexto racionalmente universalizado, uma busca por igualdade e por uma autonomia a partir de uma pretensa

proteção estatal, teoricamente capaz de lhe possibilitar a “prospecção de suas propensões, preferências e intenções” (HONNETH, 2015, p. 128).

No entanto, expõe a historiografia que, nesse período, até a década de 1870, os padrões éticos socialmente difundidos definiam que, em estado de dúvida sobre dado indivíduo negro, ele era presumidamente escravo (MAMIGONIAN, 2017, pos. 7042)¹¹. Daí se considerar que os argumentos utilizados pelo procurador de Delfino – presunção do estado de liberdade, necessidade de formação de culpa e devido processo antes da prisão – foram muito inovadores no período, ao mesmo tempo em que constrangia o ente público a aplicar seus próprios preceitos teóricos para negar o estado de pessoa ao indivíduo e manter a prisão sob o rótulo de apreensão (CAMPOS; MOTTA, 2015).

Contudo, o órgão julgador no caso – a Câmara dos Deputados – refletiu exatamente o conjunto de valores eticamente difundidos no período, e manteve Delfino preso, por presunção de escravidão, uma vez que seu estado pessoal estava *sub judice*, na disputa, entre os herdeiros de seu antigo senhor, que questionava a validade de sua alforria. Como seu estado pessoal era presumidamente de escravo, a Câmara negou seu pedido exatamente no que tange à sua capacidade de ser parte, ou seja, firmou o entendimento de que ele não poderia se valer daquele instrumento constitucional porque, presumidamente escravo, não era cidadão brasileiro (CAMPOS; MOTTA, 2015).

Apesar de fracassada a pretensão de Delfino, as várias petições de inconstitucionalidade dirigidas ao Executivo e ao Legislativo, e as respectivas propostas de reinterpretação dos postulados constitucionais em afronta aos valores eticamente dominantes no período, foram importantes para a reconstrução do entendimento de presunção de escravidão e da apreensão/prisão sem formação de culpa, conforme demarcado pelas doutrinas de direito administrativo, difundidas cerca de 30 anos depois, especialmente na década de 1850. Como se complementado no capítulo 3, o próprio estado de dúvida sobre o ser escravo – se coisa ou pessoa – e do que era a liberdade do negro, era inicialmente prejudicial ao negro, mas acabou por ser revertido contra o próprio sistema escravista para, na década de 1870, a presunção de escravidão ter sido revertida à presunção de liberdade.

¹¹ No mesmo sentido: Chalhoub (2010, p. 36-39); Chalhoub (1990, p. 87); Campos e Motta (2015), dentre outros.

De toda forma, para o que toca no presente tópico, utilizou-se de preceitos constitucionais fundamentais – o direito a liberdade – para confrontar outro preceito constitucionalmente garantido – o que seja cidadão brasileiro. Nesse caso, a Constituição, em seu sentido eticamente difundido à época, não refletia vontades contramajoritárias, mas, ao contrário, embasava uma semântica escravagista.

Daí se volta à visualização do processo jurisdicional mais como um ambiente de embates intersubjetivos – que, reitera-se, envolve todos os sujeitos do processo, não apenas as partes – e interpretações dissonantes, do que propriamente um local de efetivação de um conteúdo racionalmente universalizado, mesmo que posto no texto Constitucional. Ocorre que, quando se permite visualizar o processo como um ambiente de interpretações que levem a resultados diversos e dissonantes – mesmo que baseados em premissas fáticas similares – atrai-se o fundado receio da insegurança, que reflete, em última análise, na própria legitimidade do processo.

E nesse caso, a ausência de segurança jurídica atrai importante quebra na função do direito servir de referência à racionalização universalizada, pois não será confiável o suficiente para conferir elementos para que os indivíduos prevejam os comportamentos válidos de suas contrapartes; conseqüentemente, não será ambiente de reconhecimento.

Para mitigar essa anomalia, e propor um ambiente de segurança jurídica que não mitigue as liberdades individuais, pensadores da teoria do direito propuseram importantes alternativas, bastante influentes nas diversas áreas do direito, como se verá no tópico seguinte.

2.1.3 As tentativas oriundas da teoria da argumentação e da hermenêutica

Ao se analisar o processo sob o enfoque metodológico, é possível identificar que a doutrina se divide entre o *instrumentalismo* e o *formalismo-valorativo* na busca pela compreensão de qual modelo de aplicação do Direito corresponde aos dias de hoje.

Conforme traçado no item anterior, as vertentes possuem diferenças marcantes no que concerne à abrangência dos sujeitos legitimados a dizer o Direito: o *instrumentalismo*, ao se centrar na jurisdição, dá enfoque à figura do juiz, o qual, no ato de sentenciar, interpreta o direito material ao caso concreto trazido pelas partes; já o *formalismo-valorativo*, ao se focar

no processo, entende que a sentença é mais um ato de reconstrução normativa dentro de um conjunto lógico de interpretações e reconstruções trazidas pelas partes.

Independentemente da corrente a ser observada, o fator *interpretação* é fundamental ponto de contato entre as teorias, o que atrai a necessidade de se abordar analiticamente se a liberdade de interpretar se confunde com a completa ausência de critérios na formação e aplicação do Direito. O ponto central dessa temática é saber se, de fato, há uma linha condutora que defina um “modelo ideal” de aplicar o Direito, ou se sua efetivação será diferente para cada aplicador na medida das experiências particulares de cada intérprete.

Tal discussão se torna ainda mais relevante quando observamos um ordenamento jurídico que vincule todas as pessoas de um país de dimensões continentais como o Brasil, o qual se depara com notórias diferenças culturais, decorrentes da diversidade de origens miscigenadas, aliado à conturbada história de uma nação marcada pela exploração e pela concentração de renda, conforme será mais bem detalhado no próximo capítulo da dissertação. A diversidade de culturas diminui as chances de decisões “padronizadas”, expondo um risco decorrente da valorização da interpretação como mecanismo aplicador do direito, qual seja, a existência de decisões baseadas puramente em critérios subjetivos.

Conforme observado por Luiz Guilherme Marinoni “a necessidade de compreensão da lei a partir da Constituição aumenta o risco de subjetividade das decisões judiciais, o que vincula a legitimidade da prestação jurisdicional à sua precisa justificação”. Segundo o autor, tal justificação é o ato de dar “razões apropriadas” capazes de “assegurar a aceitabilidade racional dessa decisão” (MARINONI, 2012, p. 125).

Ao seu turno, por “razões apropriadas” e “aceitabilidade racional” da decisão compreendem-se os elementos necessários para que o indivíduo se sirva reflexivamente da liberdade jurídica, ou seja, de poder contar com o âmbito do direito para idealizar e efetivar suas ações. Por isso relacionam-se, reiteradamente, os termos usualmente utilizados pela doutrina processualista como “razões apropriadas” e “aceitabilidade racional” às condições de reconhecimento recíproco dos sujeitos por meio do direito, conforme já tratado em tópicos anteriores deste capítulo¹².

¹² Como visto em Honneth (2015, p. 147), o âmbito do direito, para ser uma instituição de liberdade e produção de autonomia, deve reunir três requisitos: as normas e, principalmente as práticas processuais, devem habilitar os

Para se tentar reduzir o nível da subjetividade, e com isso reduzir os excessos individuais em prol de uma interpretação mais condizente com o contexto social onde se insere o ordenamento, a doutrina busca conceitos da teoria da argumentação e da hermenêutica como instrumentos de compreensão e busca por uma melhor adequação do direito ao ordenamento social.

Por mais que já se tenha observado um histórico afastamento entre a argumentação e a hermenêutica, como se fossem teorias conflitantes, há importantes estudos que objetivam estabelecer pontos de contato entre as duas linhas, enxergando-as como complementares entre si.

Nesse sentido, Margarida Lacombe Camargo (2011, p. 22) expõe didaticamente que a hermenêutica serve ao jurista como método de compreensão do texto, enquanto a argumentação é importante instrumental de adequação e aplicação efetiva. Essas etapas, aplicadas ciclicamente, compõem a dinâmica da teoria circular dos planos, exposta no tópico anterior. Isso significa, por exemplo, que um advogado se valerá da hermenêutica para ler e compreender o texto de lei, e da argumentação para expor sua reconstrução de forma lógica e racional no processo; o juiz, ao seu turno – se atuar metodologicamente de acordo com o que delinea o *formalismo-valorativo* – irá se valer da hermenêutica para compreender a lei e a reconstrução trazida pelo advogado no processo, e utilizará a técnica da argumentação como fundamento racional de sua sentença.

Dentro dessa linha teórica, se a hermenêutica é o instrumento de compreensão do texto e a argumentação a técnica que fundamenta racionalmente a aplicação, a interpretação é o elo, a intermediação entre a compreensão e a fundamentação (Camargo, 2011, p. 10).

Especificamente quanto à hermenêutica, observa-se que, modernamente, é observada como instrumento de compreensão oriunda de um indivíduo que se entende parte de uma sociedade que o precede. Nesse sentido, Hans-Georg Gadamer (2011, p. 358), em seus “traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”, pontuou que:

sujeitos a preverem as condutas dos demais (não surpresa); elas devem, ainda, ser compreendidas como uma referência universalizada dos valores reciprocamente defendidos, em relação de reconhecimento recíproco; e, por fim, devem orientar os sujeitos a refletir e efetivar suas condutas, possibilitando a formação dos elementos necessários à participação efetiva daquele sujeito na construção do resultado.

[...] uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais (GADAMER, 2011, p. 388-389).

O jurista, no ato hermenêutico, não deve buscar neutralidade, uma vez que o seu ser é indissociavelmente parcial, histórico e contextualizado. Uma leitura adequada, então, é aquela pela qual o leitor compreende a si e confronta suas concepções prévias ao que lê. Trata-se de um ato constante – cíclico – de confronto íntimo, de desafiar a solidez de seus próprios valores em face do novo conteúdo material que se absorve.

Nessa medida, o produto de nossas compreensões é fruto de nosso intelecto sobre o elemento externo – um texto de lei – aliado às nossas compreensões prévias de mundo, as quais nos formaram. Segundo Gadamer, portanto, é presente o conceito de círculo hermenêutico, de natureza não formal, nem metodológico, mas puramente ontológico, pelo qual “a compreensão do texto se encontra constantemente determinada pelo movimento da concepção prévia da pré-compreensão” (GADAMER, 2011, p. 388-389).

Esse importante enfoque de Gadamer foi complementado pela teoria do agir comunicativo de Habermas (COURA, 2008, p. 18), o qual definiu que todo ato de compreensão depende intrinsecamente da comunicação, e da compreensão prévia do indivíduo inserido em um contexto social, “nós, no nosso corpo, e nós, enquanto nosso corpo encontramos-nos sempre já a ocupar um mundo intersubjectivamente partilhado, em que estes mundos de vida colectivamente habitados se observa um ao outro, se ultrapassam e entrelaçam como texto e contexto” (HABERMAS, 1996, p. 134).

Se a interpretação perpassa pela prévia compreensão de si mesmo pelo intérprete, e se o ato de interpretar é organizado em linguagem afeta e adequada ao contexto social, o jurista poderá mais facilmente alcançar a “pretensão de racionalidade” enquanto instrumento de “consistência e legitimidade em relação à interpretação jurídica e ao exercício da jurisdição” (COURA, 2008, p. 19).

Em última análise, a pretensão de racionalidade não servirá de elemento socialmente legitimador apenas da decisão, mas do próprio Direito:

O direito moderno gera, todavia, estabilidade de comportamento apenas sob a condição de que as pessoas possam aceitar normas promulgadas e impositivas ao mesmo tempo como normas legítimas que mereçam reconhecimento intersubjetivo. O direito então se amolda à consciência moral pós-tradicional de cidadãos que não mais estão dispostos a seguir comando, salvo por boas razões (HABERMAS, 1999, p. 937-938).

O ato hermenêutico, enquanto instrumento de compreensão, é inerente ao componente humano pois inserido em um ambiente social precedente, daí a importância de se pensar a racionalidade das decisões sob o prisma da necessidade de legitimidade social de um ordenamento, ou, como aqui proposto, como resultado de uma dinâmica processual fruto de relações intersubjetivas de reconhecimento.

Como já exposto, o exercício de confrontar e ser confrontado potencializam a dinâmica da mutação dos valores internamente defendidos, como resultado dos movimentos cíclicos das inevitáveis lutas por reconhecimento, cujo objetivo é o desenvolvimento de um amadurecimento coletivo e a constituição de uma comunidade de cidadãos livres (HONNETH, 2009, p. 39-41).

Ao seu turno, como já adiantado, o jurista, em seu ato de aplicar o texto, efetiva a racionalidade das compreensões hermeneuticamente construídas por meio da técnica da argumentação. Nessa busca, Eduardo Ribeiro Moreira destaca que a racionalidade da argumentação é o principal fundamento – no sentido de legitimidade social – da decisão judicial, o que faz o processo se entrelaçar “com a filosofia do Direito e, em especial, com a argumentação jurídica” (MOREIRA, 2012, p. 131).

Importante contribuição da teoria da argumentação é a admissão de que o direito, ao fim, será essencialmente o fruto de uma valoração pessoal de um julgador, afastando-se da ideia utópica da neutralidade e da possibilidade de padronização do direito como fruto de uma produção em série, ou de uma universalização racional imutável. É diante de tal compreensão fundamental que a teoria da argumentação compreende a norma como um elemento limitador, voltado não a simplesmente dizer o direito, mas para impedir a completa liberdade do juiz, o qual, partirá da argumentação.

Nesse contexto, a doutrina busca em Robert Alexy (2005) os parâmetros da teoria da argumentação, o qual aponta dois elementos da estrutura argumentativa para alcance da almejada racionalidade:

O ponto decisivo é que, se a máxima medida de racionalidade possível deve ser realizada, estes argumentos devem estar presentes em uma estrutura comunicativa. Como devem ser interpretados, sopesados e modificados os interesses, é uma questão do (ou dos) respectivamente afetado(s). Quem se opõe a isso, não respeita a autonomia do outro. Fica, assim, nítido que há duas coisas que conduzem a uma necessária estrutura comunicativa da ação de fundamentar: em primeiro lugar, a possibilidade de ponderação e modificação das interpretações de interesses, com base em argumentos, que se mostrem necessárias se se deseja um correto e, por isso, justo equilíbrio de interesses; e, em segundo lugar, a exigência de levar a sério os outros enquanto indivíduos (ALEXY, 2005, p. 297).

Alexy compreende que uma decisão pode ser tomada, e possuir legitimidade normativa, baseada em formulações lógicas do agente que irá decidir, mesmo que tais formulações não estejam diretamente atreladas às formulações de um texto jurídico (ALEXY, 2005, p.40). Ou seja, é possível se decidir contrariamente à compreensão semântica comumente estabelecida pela comunidade de intérpretes como a mais correta, ou mesmo até contrariamente ao que se compreende por interpretação “literal” do texto.

Para que se alcance a racionalidade e a legitimação social, então, o texto normativo deve ser visto como parâmetro que guie o intérprete aos valores exaltados predominantes na sociedade (ALEXY, 2005, p.300-301), e a decisão deve seguir esse caminho, mesmo que contrarie um determinado texto de lei que, em sua interpretação comumente aceita, vá de encontro a conceitos de justiça.

Essa ideia está vinculada ao conceito de “pretensão de correção”, apresentada no tópico anterior, especialmente quando Alexy informa que essa correção “não pressupõe que exista para cada questão prática uma resposta correta que deve ser descoberta”; em verdade, cada questão prática, ao invés de procurar uma “resposta correta”, deve mirar na finalidade, em nível social, a que se deve aspirar (ALEXY, 2005, p.40).

No caso do direito, como visto no tópico anterior, a finalidade é originalmente orientada pelo texto da Constituição, de modo que, não apenas a legislação infraconstitucional, mas a própria aplicação da lei, pelo processo, não admite qualquer contrariedade entre a Constituição e sua

ideologia democrática: “não há um direito processual da Constituição e um direito processual da lei. Esse é um falso paradoxo. Todo processo judicial ou de direito é processo constitucional” (ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 172).

Isso nos faz retornar ao texto do artigo 1º do CPC, que faz prevalecer, em termos legislativos, os valores e normas fundamentais previstos na Constituição. No entanto, por mais que a existência de texto legal que oriente o jurista aos valores e normas fundamentais constitucionais tenha sua importância sistêmica dentro do ordenamento positivado, a ideia de uma interpretação sob a luz da constituição não depende de uma orientação expressa em lei. Volta-se, assim, ao problema apresentado no fim do tópico anterior, qual seja: a própria Constituição pode conter elementos que contemplem maiorias eventuais, e não sirva, por conseguinte, de amparo racional normativamente universalizado a uma inteira comunidade de indivíduos desrespeitados.

Mesmo a Constituição, ou mesmo as cláusulas pétreas, não estão imunes das subjetividades inerentes à aplicação do direito, observadas empiricamente das condutas práticas realizadas nos âmbitos dos processos jurisdicionais; subjetividades estas que são inerentes à própria significação do intérprete enquanto ser socialmente inserido, que raciocina, de forma consciente ou inconsciente, de acordo com valores socialmente difundidos, de forma indissociável, e que o antecedem historicamente.

Essa noção refletirá diretamente na análise do processo como instrumento de promoção de igualdade efetiva em uma sociedade, como a brasileira, marcada pelas distorções e iniquidades. Se a aplicação do direito depende predominantemente do jurista, retira-se do legislador a atividade exclusiva de promover políticas voltadas às minorias historicamente excluídas. Mas, ao mesmo tempo, deve-se também questionar se o processo é capaz, ou tem potência, para tal promoção, como será tratado no tópico seguinte.

2.2 A POTENCIAL DISPARIDADE ENTRE OS VALORES CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS E A VONTADE LEGISLADA DECORRENTE DE FORÇAS POLÍTICAS (MAIORIAS EVENTUAIS)

Na década de 1950, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi instada a decidir em processo instaurado pela estudante Linda Brown, na época com sete anos de idade, representada por

seu genitor, em face do Conselho de Educação de Topeka; a autora teve seu pedido de matrícula negado em escola pública pelo fato de ser negra. A escola fundamentou a negativa de matrícula no precedente *Plessy vs. Ferguson*, da década de 1890, pelo qual a Suprema Corte havia negado o direito de um negro poder se sentar nos vagões destinados aos brancos, sob o argumento de que negros e brancos eram iguais, mas viviam separados, razão pela qual a negativa não feriria qualquer postulado de igualdade.

No entanto, naquele que se tornaria emblemático caso *Brown vs. Board of Education*, a Suprema Corte daquele país firmou entendimento de que a lógica do “separados, mas iguais” feria a Constituição sob o fundamento de que, quando proibidas de estudar nas mesmas escolas que as crianças brancas, as crianças negras se sentiam inferiores, o que prejudicava seu aprendizado.

Aplicou-se precisamente uma medida coercitiva estatal voltada ao fim de um estado de vergonha social decorrente da expressa e sistemática desigualdade, pela qual o indivíduo se vê de fora de um contexto de racionalidade universal – materializado pelo direito – e, conseqüentemente, incapaz de formar juízos morais (HONNETH, 2009, p. 217).

Tal decisão rompeu com a lógica da segregação nas escolas públicas dos EUA e se tornou importante marco na luta contra a desigualdade racial, bem como da luta de outros grupos de minorias nos EUA. Conforme expõe Helen Hershkoff (2017, p.3) o caso *Brown vs. Board of Education* provocou um considerável aumento na busca pelo judiciário para que tutelasse direitos de grupos que se consideravam marginalizados¹³ (HERSHKOFF, 2017, p.5).

Por mais que o ordenamento dos EUA possua substanciais diferenças em relação ao do Brasil, inclusive no que concerne à própria tradição secular norte-americana de valorizar institucional e padronizadamente o precedente como instrumento vinculante – e, com isso, ter maior potencial de aproximar o sistema jurídico das sensíveis mudanças dos padrões éticos comunitariamente difundidos – as características liberal-democráticas manifestadas em Estados Constitucionais Democráticos, e a história de escravidão em ambos países permitem

¹³ “*Brown* provided inspiration to a generation of lawyers who saw law as a source of liberation as well as transformation for marginalized groups. Courts, mostly federal but state as well, became involved in a board range of social issues, including voting and apportionment, contraception and abortion, employment and housing discrimination, environmental regulation, and prison conditions”.

traçar um paralelo importante quanto ao efeito do processo em relevantes transformações sociais.

Nesse contexto, é importante pontuar que, quando demandou seu direito de matrícula, Linda Brown estabeleceu pleito individual baseado em um direito próprio que ela acreditou ter sido violado. Por mais que se possa cogitar a percepção antecipada dos envolvidos – a autora e seus representantes – de romper com uma lógica do próprio Estado, movendo ação com contornos coletivos, o processo em si nasceu diretamente por força de uma violação individual.

O que marcou a diferença entre o caso *Brown vs. Board of Education* e as demais ações ordinariamente levadas ao judiciário, segundo Helen Hershkoff, foi a reunião de importantes fatores como: tratava-se de um litígio instaurado em face do ente público que adotava a prática de segregação de forma institucionalizada; a autora se enquadrava como elemento de um grupo “auto-constituído”; o resultado era prospectivo, voltado a reformar aquela ação tradicional do governo; e o juiz desempenhou importante papel de “liderança” complementado pelos esforços das partes nos atos de negociação (HERSHKOFF, 2017, p.3-4)¹⁴.

De toda forma, ficou constatado que o êxito de Brown fez nascer uma crescente busca pelo judiciário para garantir direitos sistematicamente violados por minorias, especialmente sofridos por negros, em afronta a um contexto amplamente majoritário e consolidado de desrespeito reiterado. Esse crescimento da busca por mecanismos contramajoritários pode ser visto como consequência natural do estado de vexação, pois, quando em vergonha social, a identificação do sujeito como pertencente a um grupo é o ponto de partida ao reconhecimento, uma vez que os interesses comuns e a solidariedade entre os membros de um movimento os faz alcançar uma espécie de estima mútua (HONNETH, 2009, p. 260-261).

Observa-se, então, a possibilidade de tal coletividade, agora identificada por traços comuns de desrespeito sistematizado, se utilizar o aparato estatal judicial, originalmente voltado para a

¹⁴ “*Brown* included many procedural features since associated with public law litigation: the defendant was a public institution; the claimants comprised a selfconstituted group with membership that changed over time; relief was prospective, seeking to reform future action by government agents; and the judge played a leadership role, complemented by the parties' efforts at negotiation. The literature distinguishes this form of litigation from the classical model of adjudication, which is conceptualized as a private, bipolar dispute marked by individual participation and the imposition of retrospective relief involving a tight fit between right and remedy.”

resolução de demandas privadas, para buscar a efetivação de direitos de minorias discriminadas pelo próprio Estado, ou sob sua permissão tácita, o qual, em tese, deveria exercer o papel de provedor de direitos sociais. Essa ideia se mostra presente por causa do equilíbrio necessariamente existente, em Estados Democráticos de Direito, entre as forças da “democracia” e do “constitucionalismo”, conforme explicam Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2010, p. 63):

Em um Estado Democrático de Direito percebe-se que “democracia” e “constitucionalismo” devem andar lado a lado, em relação de tensão, sob pena de que, a prevalência de um sem o outro acabe gerando ditadura. A Democracia trabalha com a ideia de maiorias: temas são apresentados e a maioria dos votantes elege a opção vencedora. A Constituição, por outro lado, funciona como repositório de direitos fundamentais de que minorias podem se valer para se defender contra pretensões da maioria.

Observa-se, também nos textos jurídicos expressamente voltados ao exercício do processo como instrumento de jurisdição contramajoritária, que a Constituição confere ao jurisdicionado o conjunto de valores morais defendidos pela sociedade, os quais devem ser efetivados pelo processo mesmo quando são promulgadas leis, decorrentes de vontades majoritárias de governos democraticamente eleitos – mas temporários, na medida em que possuem tempo de validade medido em mandatos com prazo de validade previamente estipulados – que vão de encontro àquele conteúdo axiológico (NUNES; BAHIA, 2010, p. 62).

Luigi Ferrajoli, dentro dessa mesma linha teórica, demonstra o quanto o constitucionalismo nasceu em destaque após a queda dos estados fascistas europeus, marcando esse equilíbrio entre os fundamentos axiológicos e sociais oriundos do texto Constitucional, em contraste com o dinamismo valorativo decorrente das emoções passageiras refletivas na vontade democrática:

O constitucionalismo rígido e democrático do *Estado constitucional de direito*, que não por acaso se afirmou na Europa após a liberação dos diferentes fascismos, substitui estas representações ideológicas com a explícita positivação, no pacto constitucional, dos fundamentos e da razão de ser do artifício estatal: de um lado, as formas representativas da democracia política e a separação dos poderes, de outro, os direitos fundamentais impostos às decisões políticas enquanto limites e vínculos de substância. A política, cujas formas e instituições representativas são geradas e legitimadas pelo exercício dos direitos políticos, continua sendo o motor da nomodinâmica jurídica. Mas o fundamento axiológico e a razão social de todo o artifício jurídico e institucional se identificam com a garantia do conjunto dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos (FERRAJOLI, 2013, p.22).

A partir de tal noção, o processo jurisdicional passa a exercer importante papel quando o legislador se omite. Dierle Nunes e Alexandre Bahia destacam que, recentemente, o judiciário teve de exercer o papel de grande definidor das questões mais urgentes do curso do desenvolvimento social – como, por exemplo, o emblemático julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que permitiu o casamento de pessoas do mesmo sexo, apesar de inexistir previsão legal nesse sentido – já que o Poder Legislativo, por vezes, tem se omitido em sua função de legislar questões que exijam verdadeira “tomada de partido”. Tal omissão do legislador demonstra-se contraditória no período atual, uma vez que se está em momento pós reabertura democrática, quando, em tese, há liberdade para discussões sobre direitos fundamentais que não se tinha no recente passado de ditadura (NUNES; BAHIA, 2010, p. 64-67).

Com base em tais informações, é possível compreender que, se, ontologicamente, o processo de fato exerce a função de efetivar direitos fundamentais e valores extraídos da Constituição, mesmo que contrariamente à vontade democrática momentânea materializada em leis, confirma-se a aplicação pragmática do paradigma metodológico formalista-valorativo, segundo o qual as partes e o exercício da jurisdição reconstróem o direito segundo os parâmetros axiológicos oriundos do texto constitucional.

Caso a aplicação efetiva do processo seguisse uma lógica formalista, de um aplicador isento de interferências externas, a reconstrução do texto, mesmo em seu aspecto semântico, seria por demais limitada pelo senso da “interpretação adequada” ou pela chamada “literalidade”. A compreensão do direito como instrumento de jurisdição contramajoritária se dá na medida em que se vê o aplicador como um agente coletivo, que é capaz de enxergar o outro como portador de valores de igualdade e liberdade, os quais superam disposições infraconstitucionais que os contrariem, noções estas localizadas didaticamente fora das linhas do direito positivo.

Segundo a doutrina, então, essa noção de se buscar a efetivação de direitos de minorias pelo processo pode ter teórica relação com três eventos sociais relacionados ao Direito: o primeiro relaciona-se a uma perspectiva crescente de ruptura à lógica positivista, cujos produtos são normas historicamente direcionadas aos grupos de poder; segundo, a compreensão social de existência de uma gama de direitos e garantias que historicamente se limitam ao campo teórico, e não são efetivados no mundo real; e terceiro, a ideia, identificada pela sociologia, de

que os novos movimentos sociais buscam coerência com um significado público, capazes de participar do debate democrático de forma efetiva (HERSHKOFF, 2017, p.7-10), e com isso participar das definições dos atos de governança pública.

As técnicas de argumentação, nesse sentido, aproximam-se substancialmente – como já tratado – de outros campos do conhecimento social e humano, que não o direito positivo. Observa-se, assim, uma necessária abertura do debate processual aos demais âmbitos da teoria social, “muito do direito que se tem em nome da liberdade não pode ser garantido sob a forma de direito positivo”. Para se alcançar uma liberdade social – e se o processo pretende ser instrumental para tanto – “de maneira tanto mais forte entrarão em cena conceitualizações que emanam da tradição da teoria da sociedade e da sociologia e não do contexto do direito moderno” (HONNETH, 2015, p. 126).

No entanto, não se pode ignorar que tal modelo teórico de processo está suscetível a críticas que efetivamente correspondam a situações pragmáticas contrárias ao que se expos até então no presente tópico, ou seja, da mesma forma que o processo pode ser utilizado como instrumento de efetivação do direito das minorias (e vem sendo, como já visto), a compreensão de um processo do intérprete, e não do predomínio da forma, pode fortalecer atos discriminatórios normalizados pelo ordenamento social, ou mesmo impulsionar ações que restrinjam direitos conquistados.

Os próprios exemplos já citados – os casos dos negros Delfino e Fortunata – ratificam essa realidade, pois, apesar de suas ações integrarem um movimento coletivo – mesmo que não intencional no sentido de organizações grupais estritamente consideradas – com repercussões de médio e longo prazo que condiziam com suas respectivas pretensões, não se pode esquecer que suas ações, individualmente consideradas, foram fracassadas, ou seja, objeto da ratificação estatal de uma vontade majoritária.

Além disso – de manter uma ordem social pouco mutável – o processo pode ainda ter efeito inverso, ou seja, ser utilizado para restringir ainda mais os poucos direitos conquistados pelos grupos excluídos. É o que Boaventura de Souza Santos denomina “contrarrevolução jurídica”, ou seja, “uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas Constituições” (SANTOS, 2009).

Para embasar empiricamente sua tese, o autor lusitano cita alguns exemplos brasileiros, como é o caso da anulação judicial dos convênios entre universidades e o INCRA, para a criação de turmas especiais para filhos de assentados da reforma agrária; a anulação de programas de educação indígena e de educação no campo; e a restrição de territórios indígenas e de territórios remanescentes de quilombolas (SANTOS, 2009).

Sobre o pensamento conservador, cumpre esclarecer, Ovídio Baptista (2006, p.16) bem o define: “a marca registrada do pensamento conservador é justamente essa ‘naturalização’ da realidade que ele próprio elabora, de modo que todo aquele que procura questioná-la torna-se, aos seus olhos, ideológico”. Ou, em outras palavras, o indivíduo se torna resistente às pretensões por reconhecimento de outrem, o qual é mantido por ele – mesmo que inconscientemente – como invisível, atribuindo força de normalidade aos reiterados atos de desrespeito sistematicamente praticados.

Tal contradição justifica a conclusão, por alguns autores, de que o fenômeno da democratização do processo e do dizer o direito constitui, ao contrário do que se expôs até aqui, verdadeira crise do paradigma constitucional decorrente de interferências nocivas de forças econômicas contra o Estado, como destacado por Ferrajoli (2013, p.22):

... hoje assistimos à crise do paradigma constitucional determinada essencialmente pelo fim do monopólio estatal da produção normativa e pelo desenvolvimento, em nível global, de poderes públicos e, sobretudo, de poderes econômicos e financeiros que se subtraem ao papel de governo das instituições políticas da democracia representativa e aos limites e vínculos jurídicos do Estado de direito, tanto do Estado legislativo quanto do constitucional.¹⁵

Foi nesse contexto que, no Brasil, o Partido “Democratas” (DEM) de notória vertente conservadora (SANTOS, 2009), instaurou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, perante o STF, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade de atos oficiais da Universidade de Brasília (UnB), do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE), que “instituíram o sistema de reserva de vagas com base

¹⁵ Como a norma constitucional serve de limite ao legislador e ao aplicador da norma, para Ferrajoli a superação da crise do paradigma constitucional se dará da evolução desse paradigma para o nível “extra ou supraestatais”, ou seja, um estágio acima dos Estados, como a União Europeia, por exemplo, que teria legitimidade e força suficientes para barrar o movimento de enfraquecimento dos governos ante o interesse privado (FERRAJOLI, 2013, p.22).

em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes” (BRASIL, 2012, p.2).

A petição inicial foi fundamentada, em suma, pelos seguintes argumentos:

- a) na ADPF, 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.4).

É de se observar que, independentemente de qualquer juízo de valor que se possa fazer a respeito deste pleito, é possível identificar sua estruturação lógica baseada em argumentos que objetivam reconstruir valores constitucionalmente postos (no caso a igualdade), seguindo uma linha lógica-retórica baseada em questões de sociologia, história, geopolítica e psicologia, para mencionar alguns.

Essa reconstrução foi baseada na interpretação de textos constitucionais, em tese consonante com o que prevê a metodologia do formalismo-valorativo. No entanto, o pleito objetivava, pelo processo, anular ato oficial de governo – pela autarquia que é a UnB – voltado diretamente à inclusão do negro, pelo estabelecimento de cotas, em contexto acadêmico que historicamente o excluiu.

Em 2009, a ADPF foi julgada à unanimidade totalmente improcedente pelo Plenário do STF – órgão do Supremo onde votam todos os Ministros – e se baseou nos seguintes argumentos (em suma):

- I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual,

atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - 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.

VII – No entanto, 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, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos (BRASIL, 2012, p. 2-3).

Tal como observado dos argumentos delineados pelo Requerente na ADPF, a decisão do STF foi predominantemente marcada por fundamentos relacionados aos valores defendidos pela Constituição, aliados a dados e construções lógicas oriundas das diversas ciências humanas e sociais não necessariamente positivados. É marcante o destaque dado a conceitos como “justiça social”, “arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro”, correção de “distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade”, os quais não decorrem de compreensões do texto constitucional puramente semânticas – dos significados tradicionalmente defendidos – mas de construções de valores que, segundo o STF neste julgamento, decorrem da cultura do Estado brasileiro.

Adota-se a compreensão de que a análise puramente legislativa é insuficiente para promover reformas, mas a adoção de uma litigância contramajoritária deve ter por objetivo viabilizar a obtenção e manutenção de direitos fundamentais, o que depende, segundo Dierle Nunes e Alexandre Bahia, de “um olhar panorâmico de nossa sociedade e uma postura também panorâmica do sistema processual, que abarque as leis processuais, mas também a infraestrutura do Poder judiciário e seu gerenciamento” (NUNES; BAHIA, 2010, p. 78).

Diante desses parâmetros teóricos, ao se tomar, por exemplo, o julgamento da ADPF 186, acima citado, compreende-se que o STF adotou entendimento que prestigia os direitos fundamentais, aliando seu conceito de justiça à permissão da separação de cotas para negros e, assim, dar acesso universitário a pessoas historicamente excluídas do ensino público superior. Sob esse foco, é possível afirmar, dentro das premissas estabelecidas neste trabalho, que o STF foi exitoso em seu “olhar panorâmico de nossa sociedade”, e o processo se prestou, efetivamente, como instrumento de uma jurisdição contramajoritária.

No entanto, mesmo dentro da própria doutrina de direito, independentemente do método processual adotado, não há qualquer garantia de que esse adequado olhar panorâmico seja sempre feito pelo julgador, mesmo em se tratando de órgãos colegiados alvos da visibilidade do STF.

Não à toa há contundentes críticas, pela doutrina, de características inerentes ao processo e à própria estrutura do judiciário centrado no juiz, conforme asseverado nesse capítulo pelo *formalismo-valorativo*. Hoje, a doutrina já se manifesta no sentido de que:

Não há como se acreditar que todos os juízes possuam uma formação acadêmica plena (jurídica, administrativa, política, econômica, filosófica e sociológica) que viabilizaria a aplicação do direito (e administração das tramitações procedimentais) sem o subsídio técnico do processo e dos demais sujeitos de direito interessados e participantes (partes, advogados, órgãos do MP, auxiliares do juízo) além de uma logística uniforme de administração das rotinas estruturais (NUNES; BAHIA, 2010, p. 89).

Além disso, constatou-se que não há como garantir que o julgador consiga cumprir um “papel-missão de, com sensibilidade, captar valores uniformemente compartilhados pela sociedade, insculpidos na Constituição” (NUNES; BAHIA, 2010, p. 93).

Diante dessas considerações, partindo-se da análise de precedentes judiciais e posicionamentos doutrinários tratados no presente capítulo, reitera-se a conclusão de que o Direito, e o processo como instrumento de efetivação, são fruto do intelecto humano voltado à regulação de condutas, de origem cultural variante conforme a própria dinâmica cultural. Como fruto de valores mutáveis com o tempo, não há como definir parâmetros rígidos de aplicação do direito, uma vez que tais parâmetros e valores serão igualmente mutáveis.

Há movimentos teóricos que contribuem para a redução da grande variabilidade metodológica aqui apresentada, como se viu a partir da hermenêutica – como mecanismo de compreensão – e da argumentação – como técnica de aplicação. No entanto, por mais que o processo tenha o potencial de servir de instrumento de reconhecimento, o contrário – do processo como instrumento de manutenção de situações de rebaixamento e desrespeito – também é verdadeiro, razão pela qual, como se verá no capítulo seguinte, a busca por reconhecimento esteja, predominantemente, fora do direito. Mas como visto, e será reiteradamente sistematizado, isso não significa que o processo jurisdicional não tenha valor, não seja instrumento de reconhecimento e não possa se valer de fontes materiais de fora de uma inviável ciência pura do direito para modificar a realidade social.

3 O USO DO PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE LUTA POR RECONHECIMENTO EM CONTEXTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS NEGROS

Estruturalmente, apresentou-se no primeiro capítulo da presente dissertação a base teórica em filosofia social, que sustenta a luta por reconhecimento como impulsionador moral dos conflitos sociais, como um processo de amadurecimento ético coletivo, decorrente da intersubjetividade, e não como resultado de um estado animalesco de barbárie. O indivíduo, aqui, não é visto como um ser isolado do seu contexto, como único responsável e capaz de alcançar esclarecimento sem qualquer interferência de seus parceiros de interação. A vida pública deixa de ser vista como um somatório de espaços privados de liberdade, mas um ambiente potente a viabilizar a liberdade de todos os indivíduos em particular, por meio dos usos e costumes comunicativamente exercidos (HONNETH, 2009, p.41).

O conflito, então, passa a ser visto como uma anomalia de um sistema baseado em linguagem, de relações de desrespeito que originam a luta por reconhecimento. E o processo, ao seu turno, passa a ser sustentado como um instrumento viabilizador dessa luta, não como uma força que a previna ou evite um presumido estado de barbárie. O processo é um construto social, um sistema complexo de práticas regulamentadas que expõe os valores materializados pelo Direito, logo, é um instrumento de busca da liberdade no sentido da autonomia do indivíduo, de possibilitar a realização do que o indivíduo acredita ser o melhor para si (HONNETH, 2015, p. 34).

Mas, como a busca pela liberdade – no sentido da liberdade social – foi analisada por Honneth sob o foco da teoria social, aí incluindo a teoria da justiça, foi interessante compreender como a doutrina processualista compreende a relação do processo jurisdicional com a justiça, função essa exercida pelo segundo capítulo desse trabalho. A partir da análise dos paradigmas metodológicos do processo, constatou-se que as vertentes teóricas contemporâneas – especialmente as bases do formalismo-valorativo – alterou a razão de ser do processo, seu núcleo: o que antes era a prevalência da forma, da regra, do texto em leituras pretensamente “literais”; e o que antes era a vontade de um juiz (um “indivíduo-Estado” com falsas pretensões de neutralidade) passa a ser analisado sobre o prisma do agir, da contradição, da construção a partir de interpretações, moldadas pelo texto constitucional; o que antes era

tratado como um simples reflexo do texto legal, agora deve se aproximar materialmente dos conceitos de justiça.

Nesse ambiente teórico, um processo pautado pelo contraditório e limitado pela Constituição pode simbolizar exatamente o ambiente de dialética entre os sujeitos do processo, e construção de um resultado a partir das diferentes visões trazidas por esses sujeitos. Isso porque, compreende-se contemporaneamente que o elemento constitutivo do direito – no aspecto dogmático – é a norma jurídica, a qual é composta do somatório do texto com a interpretação; com isso, constatou-se que o fator interpretação pode gerar o contexto favorável à efetivação do processo como instrumento de reconhecimento, ou seja, de uma jurisdição contramajoritária.

No entanto, como visto, a compreensão do processo como um ambiente de debate e construção cooperativa de resultado de mérito, como visto no capítulo segundo, não garantiu a eficácia do processo jurisdicional como instrumento de reconhecimento nos casos isoladamente considerados, como se viu dos exemplos de Fortunata, Delfino e dos exemplos citados no artigo de Boaventura de Souza Santos (2009).

Nesse contexto, compreendeu-se que a análise adequada da eficácia social do processo enquanto instrumento de reconhecimento, e conseqüentemente de busca por uma liberdade social, dependeria ainda do levantamento de um conflito social específico. Isso porque, quando se distancia do âmbito puramente teórico para se analisar o papel dos sujeitos em situações específicas, compreende-se melhor se o processo, como um construto social universalizado por regras racionalmente sistematizadas, tem o potencial e o efeito de romper com um padrão ético estabelecido, ou apenas o replica.

Por isso a eleição de um conflito social histórico, estudado de forma ampla pela historiografia e pela sociologia, o que torna o presente trabalho convergente com as bases da teoria da justiça tal como estudada por Honneth (2015, p. 126 e 630). A partir das lutas por reconhecimento dos negros no Brasil, teremos condições de cotejar a teoria processualista às práticas registradas naquelas ciências sociais, e assim compreender a relevância do agir processual para o alcance do almejado reconhecimento; e esse será o objetivo desse capítulo final.

3.1 A QUEBRA DA FALSA NOÇÃO DE DEMOCRACIA RACIAL E DA IDEIA DO NEGRO ENQUANTO INDIVÍDUO PASSIVO NA HISTÓRIA

Antes de se adentrar especificamente na exposição dos elementos fáticos da história do negro no Brasil – que sejam relevantes ao objeto do presente trabalho – é importante traçar duas premissas teóricas, convergentes com as vertentes contemporâneas da historiografia e da sociologia. A primeira delas tem relação com a quebra do mito da democracia racial no Brasil.

Já no prefácio da obra “Significado do protesto negro”, o sociólogo Florestan Fernandes narra que, em 1951, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) encomendou-lhe pesquisa, a ser realizada em conjunto com o antropólogo francês Roger Bastide, no Brasil, voltada à demonstração de que negros e brancos podem viver democraticamente. O objetivo da UNESCO, segundo o sociólogo, era, a partir do exemplo brasileiro, sensibilizar diversas nações do globo a “adoção de medidas legais favoráveis ao negro e ao mulato” (FERNANDES, 1989, p.7).

Para se compreender o objetivo da UNESCO, é fundamental analisar as teorias raciais predominantes no Brasil da primeira metade do século XX, o que é bem retratado no trabalho “Fases do pensamento racial no Brasil”, de Carolina Marra Simões Coelho (2014). Nesta obra, a autora destaca que a primeira teoria racial de relevância desenvolvida por pesquisadores brasileiros teve por base referencial Oliveira Vianna, o qual, especialmente em “Evolução do povo brasileiro”, de 1923, sustentava a superioridade dos brancos sobre índios e negros, defendendo a validade de ações de seleção e classificação genética – eugenia – e a manutenção de uma estrutura hierarquizada entre as diferentes “raças” ou “tipos” de pessoas (COELHO, 2014, p. 221-223).

Para Vianna, ainda, a mestiçagem era “um caminho para o branqueamento”, e, conseqüentemente, para a geração de tipos superiores de pessoas, uma vez que, segundo sua teoria, os mestiços, os mulatos, eram, “em regra, mais inteligentes do que os negros puros” (COELHO, 2014, p. 223).

Na década de 1930, o ambiente acadêmico predominantemente defendia ainda a prevalência destas obras explicitamente racistas de Oliveira Vianna; foi quando, em 1933, Gilberto Freyre publicou a obra “Casa grande e senzala”, a qual se tornou referência para a sistematização de

uma identidade brasileira – resultada de uma natural miscigenação – e de uma unidade nacional (COELHO, 2014, p.224-225).

A partir do trabalho de Freyre, a sociologia da época passou a compreender o brasileiro como fruto de uma inevitável miscigenação, de modo que, “todo brasileiro, mesmo alvo, de cabelo louro, traz na alma e no corpo” um passado indígena ou negro (COELHO, 2014, p. 225). A miscigenação passou a ser vista até de forma romantizada, como resultado de um atributo do colonizador português que se via atraído pela índia ou pela negra, dada as circunstâncias sociais de ausência de mulheres brancas nas colônias (COELHO, 2014, p. 228).

Nesse contexto, como a miscigenação passou a ser inerente ao próprio *ser* brasileiro – independentemente de vontade ou ação – criou-se, no ambiente acadêmico, e difundiu-se para os outros setores da sociedade, a ideia de que não havia racismo no Brasil, e que as situações de humilhação, rebaixamento e miséria de negros não tinham relação com raça, mas eram problemas sociais potencialmente extensíveis a qualquer cidadão brasileiro (COELHO, 2014, p. 232).

Na década de 1950, então, a UNESCO percebia um Brasil que havia superado teorias de eugenia para a consolidação de uma nação miscigenada, livre de racismos, onde os negros possuíam as mesmas oportunidades de brancos. E foi nesse contexto que buscou em Fernandes e Bastide estudos e dados empíricos até então inexistentes, que consolidassem essa teoria.

Os resultados do estudo culminaram em importantes obras da Sociologia contemporânea, como “Relações raciais entre negro e branco em São Paulo”, de 1959, “Branco e negro em São Paulo”, de 1971 e posteriormente o já citado “Significado do protesto negro”, de 1989. Esses trabalhos, que influenciaram o desenvolvimento da Sociologia Crítica no Brasil, serviram de base teórica a importantes autores da sociologia nacional até os dias de hoje (NUNOMURA, 2017).

Nesses trabalhos, as conclusões alcançadas pelos pesquisadores contrariaram a hipótese levantada pela UNESCO, e demonstraram que a ideia de “democracia racial” brasileira, tão difundida no país e no exterior, é um mito; e expõe:

Essa consciência falsa é fomentada por uma propaganda tenaz, na qual se envolvem órgãos oficiais do governo, personalidades que deveriam ter uma posição crítica em relação ao nosso dilema racial e livros que representam o português, o seu convívio com os escravos e a Abolição sob o prisma dos brancos da classe dominante. [...] Comparativamente, as diferenças entre a situação racial brasileira de 1951 (e 1954, quando ampliei a sondagem empírica) e a situação racial de hoje são de pequena monta. Quase quatro décadas depois, a maioria da população negra forma um bolsão de excluídos — da riqueza, da cultura e do poder. (FERNANDES, 1989, p.7 e 9).

Essa conclusão, que contrariou um padrão cultural da época, marca que a análise crítica à igualdade social brasileira é muito recente. É importante destacar, ainda, que a pesquisa trouxe à luz uma crítica à própria produção acadêmica sobre a escravidão, ao denunciar que os livros afastavam o papel de protagonismo do escravo para contar a história apenas pelo prisma da elite (MOURA, 1983, p. 92). E nesse ponto reside nossa segunda premissa.

Conforme destaca Adriana Campos (2003, p. 20-23) apenas a partir da década de 1980, a historiografia passou a enxergar o escravo como um ser mais complexo, muito além do indivíduo submisso pela violência física. Por essa nova escola, o escravo deixava de ser analisado de forma superficial, de extremos, como ser “absolutamente passivo, espelhando apenas a vontade senhorial, ou rebelde, quando os senhores ultrapassavam todos os limites da violência” (CAMPOS, 2003, p. 20).

Nesse sentido, se vê em “Visões da Liberdade” que Sidney Chalhoub (1990) dedica seus primeiros capítulos para criticar fortemente a produção acadêmica em história e, especialmente, sociologia dos anos 1980 e 1990, apontando importantes equívocos metodológicos que embaçavam o olhar do pesquisador: ele informa que muitas obras de relevo do período se baseavam exclusivamente em fontes históricas diretas produzidas por brancos – especialmente registros de viajantes e comerciantes – e, a partir daí, concluir equivocadamente que o escravo no Brasil realmente se via como coisa, um indivíduo submisso, naquilo que denominou “teoria do escravo-coisa” (CHALHOUB, 1990, p. 40-50).

Ocorre que a análise das fontes diretas da histórica predominantemente produzidas por brancos restringe, por óbvio, o olhar do contexto pelo ponto de vista dos senhores de escravos, cujos registros são marcados, por exemplo, por uma espécie de pretensão paternalista, que definia o negro como uma espécie de “homem-criança”, sempre na condição de “adolescente” incapaz de “ser emancipado da tutela paternal por ser inapto para o

autogoverno" (MARQUESE, 2003, p.139), como mecanismos voltados a justificar teoricamente o sistema escravista.

A teoria do escravo-coisa via o negro escravizado como indivíduo submisso e incapaz de produzir ações autônomas, e firmava tais conclusões mediante ilações sobre o que se passava na mente do negro a partir das referidas fontes primárias produzidas por brancos. Ao seu turno, o escravo que não se via como coisa era o rebelde, que se ligava a outro escravo apenas pelo sentimento de ódio. O “escravo-rebelde” era, então, uma classe distinta da regra, que era de “escravo-coisa” (CHALHOUB, 1990, p. 40-50).

Chalhoub pontua, então, que a teoria do escravo-coisa, e a consequente teoria do escravo-rebelde, simplificam indevidamente relações mais complexas, e forçam o leitor a pensar que tal época era marcada por dois extremos: submissão ou barbárie; e, como hoje a ordem social não é assim, é como se ela estivesse evoluído, ultrapassado esse estado de submissão ou barbárie, o que, por sua vez, esconde o fato de, até hoje, replicarmos as mesmas relações de injustiça social. O autor então, apresenta fatos oriundos de fontes diretas diversas – como inquéritos, processos judiciais, por exemplo – que medem o agir do negro de forma mais eficaz, e que tornam as ações muito mais complexas, uma vez que, por óbvio, eram pessoas que viviam em situações extremas, e reagiam de forma humanamente complexa. Assim, a teoria do escravo-coisa, e a consequente teoria do rebelde, reduz, mesmo atualmente, o escravo ao estado de animal – ou dócil ou selvagem – contrariamente ao que se observa em diversos relatos encontrados em fontes diretas (CHALHOUB, 1990, p. 40-50).

Mas tal dificuldade não se apresentou sem razão: a título de exemplo – além do que será desenvolvido no decorrer deste capítulo, as paulatinas conquistas dos negros foram acompanhadas de contramedidas conservadoras, de atos de resistência voltados à manutenção dos padrões éticos escravagistas, o que gerou repercussões importantes na manutenção das fontes históricas da escravidão brasileira. A título de exemplo, como expõe o sociólogo Clóvis Moura (1983, p. 30), as ciências sociais perderam importantes fontes primárias de pesquisa quando, no fim do século XIX, Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda, determinou a queima dos arquivos alfandegários voltados ao registro de escravos egressos, dos registros cartorários que garantiam a propriedade do escravo dentre outras ordens voltadas à supressão dessa vergonha nacional, que era a escravidão.

Tal ação, segundo Beatriz Gallotti Mamigonian (2017), foi, paradoxalmente, um gesto abolicionista: praticado já no período republicano, em 1890, voltado a isentar o Estado, por falta de provas, do dever de pagar a indenização aos antigos proprietários de escravos:

Respondendo a demandas de ex-proprietários de escravos que buscavam indenização “dos prejuízos causados pela lei de 13 de maio de 1888”, Rui Barbosa, então ministro da Fazenda, ordenou o recolhimento à Recebedoria, no Rio de Janeiro, de “todos os papéis, livros e documentos existentes nas repartições do Ministério da Fazenda, relativos ao elemento servil, matrícula dos escravos, dos ingênuos, filhos livres de mulher escrava e libertos sexagenários”, para serem incinerados. Barbosa justificou a iniciativa como um ato humanitário para com os ex-escravos, novos cidadãos brasileiros. De fato, a militância abolicionista histórica não só apoiou a medida como celebrou a queima dos documentos, que começou poucos dias depois, ainda em dezembro de 1890, e repetiu-se algumas vezes nos anos seguintes. Em Salvador, no dia 13 de maio de 1893, várias autoridades e “cidadãos de todas as classes sociais” reuniram-se no Campo da Pólvora e receberam dois carroções acompanhados da banda de música da Polícia, com documentos que foram queimados numa fogueira por várias horas, sob os olhares atentos de um grande público (MAMIGONIAN, 2017, pos. 7109).

Tecidas tais considerações preliminares, especialmente as duas premissas desenvolvidas nesse tópico, se faz necessário traçar o contexto escravista brasileiro, em uma busca pela definição do que era socialmente normalizado no que tange às relações interpessoais atinentes à escravidão e à questão racial. Com isso será possível sistematizar algumas ações de rebaixamento e vergonha social, no sentido traçado por Honneth, os quais, ao seu turno, dão origem à luta por reconhecimento.

3.2 A NORMALIZAÇÃO DA EXCLUSÃO COMO TENTATIVA DE SOLIDIFICAÇÃO DA ETICIDADE

Em sua introdução ao “Direito da Liberdade”, Honneth compreende que os valores éticos constituem a realidade última de toda sociedade, e observa isso a partir dos ordenamentos sociais, os quais não são constituídos de regras simplesmente verdadeiras ou falsas, mas são legitimados por valores éticos, de ideais dignos de serem buscados. Por isso, é inevitável que tais valores éticos sejam o resultado da organização das reproduções materiais e da socialização cultural, segundo as exigências de normas compartilhadas de maneira comum (HONNETH, 2015, p. 20-21).

Esses valores éticos, ou a eticidade (para se usar um termo hegeliano trabalhado por Honneth), não se confunde, então, com a pré-existência, imutável, de princípios imanentes ou

pressupostos estabelecidos; mas compreende o desenvolvimento moral a partir das práticas humanas. Compreender a eticidade, então, é “interpretar a realidade existente em seus potenciais de incentivar práticas nas quais os valores gerais poderiam se realizar melhor, de maneira mais ampla ou mais adequada”, e, por essa razão, “as formas existentes da eticidade devem se manter sempre como diretrizes de todas as deliberações normativas, uma vez que não são exigências feitas de maneira abstrata, assim irrealizáveis, ao comportamento social” (HONNETH, 2015, p. 28).

Ocorre que, como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, esse conjunto de valores reiterados, que constituem a eticidade de um Estado em determinado momento do tempo, podem gerar situações normalizadas de desrespeito e imposição de vexação social, fazendo emergir, no indivíduo rebaixado, o ímpeto de uma luta por reconhecimento, cujos ambientes inicialmente favoráveis são as instituições sociais. A partir das instituições, o sujeito reconhecido almeja o alcance de um assentimento solidário generalizado, que lhe permite se ver como efetivo partícipe das decisões que ditam os rumos daquela sociedade.

Com o reconhecimento inicialmente no âmbito das instituições sociais, o indivíduo se verá potente a ampliação de sua liberdade, alcançando, de forma generalizada, reconhecimento suficiente para ser visto como igual e, com isso, integrar o conjunto de valores relevantes para a constituição da própria eticidade da sociedade onde está inserido (HONNETH, 2009, p.106).

Nesse contexto, Honneth pontua que, para Hegel, a corporificação institucional dessa eticidade era o Estado: “a construção da esfera ética se efetua, por conseguinte, como um processo de transformação de todos os elementos da vida social em componentes de um Estado englobante” (2009, p.108). Por isso Hegel ter afirmado que a terceira esfera individual do reconhecimento – do assentimento solidário – se dava no âmbito do Estado. Segundo tal linha de raciocínio, a eticidade se constituiu com o desenvolvimento do Legislativo e os órgãos institucionais do Estado, os quais afastaram os arbítrios subjetivos do conceito de reconhecimento. O Estado, então, com a noção de *âmbito social* (o Estado como representante do âmbito social) simbolizou a constituição da sociedade como um corpo dotado de eticidade. (HONNETH, 2009, p. 106-107).

Mas Honneth se opõe à fixação do Estado como ambiente que materialize institucionalmente, em última instância, a eticidade. Aqui, a crítica a Hegel reside no tipo de Estado pensado por ele em sua época: sua visão da formação política da vontade era limitada apenas sob um modelo de monarquia constitucional, encorado no plano da filosofia da consciência, a qual requer “um último enfeixamento de todo o poder nas mãos de um único indivíduo” (2009, p.111). Honneth pontua, então, que na construção do pensamento do assentimento solidário como última esfera do reconhecimento, Hegel deveria ter seguido o caminho de construção de uma comunidade, e não da filosofia da consciência. Dessa forma ele teria concluído que o desenvolvimento da comunidade se dá por meio da interação social, pela qual cada pessoa “pode contar para sua particularidade individual, com um sentimento de reconhecimento solidário” (HONNETH, 2009, p. 113).

Por isso ter-se afirmado que o assentimento solidário, enquanto camada derradeira da luta por reconhecimento, não depende de qualquer instrumento formal que exerça regulação ou coerção sobre os indivíduos. Ele decorre, em verdade, das expressões constantes dos valores solidariamente compartilhados pela sociedade, onde a diferença não é meramente tolerada, mas aceita como um valor genericamente defendido.

Tecidas tais considerações, que traçam a trajetória teórica da eticidade numa determinada sociedade, cumpre-nos, finalmente, trazer o contexto social que se pretende analisar, destacando-se como uma classe dominante construiu a eticidade no Brasil nascente, e como ela foi paulatinamente alterada pelos movimentos de luta (aí se incluindo o uso do processo) no decorrer dos anos.

Ainda no final dos anos de 1400 e início dos 1500, a Europa ocidental promoveu o expansionismo marítimo e a ocupação/invasão de novas terras, o que gerou o choque entre a realidade do europeu e da pessoa que já habitava o território a ser ocupado. Ao chegar, inicialmente na costa africana, por exemplo, o invasor português encontrou Estados africanos com certo nível de aperfeiçoamento político, com monarquias constituídas a partir de um conselho popular onde participavam diversos segmentos da sociedade; entretanto, esses Estados não possuíam o mesmo desenvolvimento tecnológico e bélico do estrangeiro (MUNANGA, 2012, p.220), razão pela qual sucumbiram pela violência.

Deu-se início, assim, ao processo de escravidão de negros africanos que durou cerca de quatrocentos anos, e cujo comércio era, desde o século XV, altamente lucrativo para Portugal, independentemente do destino dos escravos. A primeira fonte de lucro era o comércio em si, a compra e revenda por preço superior; a segunda fonte era fiscal, uma vez que o capital privado português vendia muitos escravos para outros países, repassando altos tributos à Coroa (ALENCASTRO, 2000, p.30).

A importância do comércio de escravos para Portugal é questão relevante para a História contemporânea, como se vê das obras de Manolo Florentino (1997b). Segundo o autor, durante o século XVI em Portugal, 1/3 da sociedade estava afastada do processo produtivo, eram basicamente do clero, fidalgos e mercadores. Exatamente este 1/3 confundia-se com um estado hipertrofiado, controlando os demais setores da sociedade.

No entanto, a economia agrária era incapaz de prover os recursos necessários à manutenção desse sistema social, razão pela qual a expansão marítima e a colonização foram tão importantes para manutenção desses antigos sistemas. Destaca o autor:

Como resposta feudal à grande crise porque passava a economia e a sociedade portuguesas, a expansão marítima e a ulterior colonização modificaram a antiga sociedade lusitana para preservá-la no tempo. Eis aqui o papel da transferência da renda colonial para metrópole: o surgimento e a manutenção de uma estrutura parasitária, consubstanciada em elementos como a hipertrofia do estado e a hegemonia do Fidalgo-mercador e de sua contrapartida, o mercador-fidalgo (FLORENTINO, 1997b, p.116).

O expansionismo marítimo e a transferência de riquezas das colônias para a metrópole, especialmente pelo comércio de escravos, foram determinantes para a manutenção das velhas estruturas sociais portuguesas. O fidalgo-mercador foi figura central para manutenção dessa velha estrutura social, uma vez que, em função da depressão agrária e da queda das rendas agrícolas, essa figura aumentou as receitas do Estado português por meio do Mercado de pessoas durante a expansão marítima.

Como consequência, no curso do século XVIII a atividade mercantil tornou-se elemento tão importante para a manutenção do estado português, a ponto de segmentos das elites permitirem a ascensão dos mercadores à posição de aristocratas. Isso era fundamental na sociedade portuguesa daquele século, uma vez que a mobilidade social era quase impossível, já que em Portugal, diversamente do restante dos países europeus, a elite dominante

propositalmente não adotou as ideias nascentes de capitalismo exatamente para afastar o risco da ascensão social pelo lucro.

Tornar-se um mercador-Fidalgo, então, era uma das poucas formas de subir na estrutura social portuguesa, uma vez que o título tornava a pessoa membro da aristocracia. Por essa razão, em Portugal, o "atraso", não decorreu de um estranho anacronismo ou de uma incapacidade lusitana, mas sim de um verdadeiro projeto social de arcaísmo, voltado para manter as velhas estruturas sociais (FLORENTINO, 1997b, 116-117).

Nesse sentido, se o Brasil colônia era reflexo da matriz portuguesa, é correto concluir que este projeto de arcaísmo foi herdado pela elite brasileira, totalmente dependente do mercado de escravos.

Os principais traços desse projeto arcaísta português no Brasil se deu especialmente na segunda metade do século XVIII, com a vinda da família real, quando uma série de membros da elite portuguesa chegou ao país, trazendo os mesmos vícios que adotavam na matriz em prol da perpetuação das relações de poder (FRAGOSO; FLORENTINO, 2001, p.232).

No Brasil, essa elite mercantil encontrou terreno ainda mais favorável em relação a Portugal, uma vez que, aqui, seu estado de alta liquidez prévia possibilitou alcançarem facilmente o topo da concentração de renda, diversamente de quando operavam na Europa, onde a classe mercantil hierarquicamente ainda estava abaixo de uma nobreza inexistente no Brasil:

Enquanto na Europa a aristocracia e a sociedade hierarquizada que ela dominava precederam historicamente o grande capital mercantil moderno, no Brasil, em função da inexistência pretérita de uma nobreza, isso não ocorreu. Nesse sentido, a transformação de grandes negociantes em rentistas e senhores rurais contribuía significativamente para a montagem e a perpetuação da aristocracia imperial (FRAGOSO; FLORENTINO, 2001, p.232).

No Brasil, então, formaram-se sólidas bases de uma eticidade pautada em uma economia agrária de base escravista, mediante concentração ordenada de riquezas em uma classe mercantil restrita, reforçando um caráter não capitalista do processo produtivo. Essa classe mercantil detinha substancial liquidez e, assim, impossibilitava a mobilidade econômica dos pequenos lavradores, os quais, sem liquidez, eram obrigados a trabalhar baseados ou ancorados em dívidas contraídas com aquela elite (FRAGOSO; FLORENTINO, 2001, p.234).

Curioso notar que a economia do Brasil era baseada em conceitos não capitalistas, pois não interessava concorrência nem a difusão da busca pelo lucro, mas sim a concentração de riquezas e o uso indevido do Estado em prol da perpetuação dessas relações de poder e dinheiro. A reprodução sistemática dos modos de concentração de riqueza mantinha essas velhas relações de poder e impossibilitavam completamente a criação de grupos intermediários de peso como a classe média.

Isso explica a pouca influência exercida pelos ideais de liberalismo, nascente na Europa no fim do século XVIII, em terras brasileiras. Como expõe Adriana Campos (2003, p.91), em termos políticos, mesmo após a independência, foi mantida a composição social estratificada, com fortes características das corporações pré-modernas, e com notória dificuldade de ascensão.

No Brasil do século XIX, os ideais do liberalismo, fortes nos EUA e na Europa, só foram utilizados para atender interesses específicos dessa classe mercantil, que apenas queriam expandir seu poder através da queda dos privilégios da Coroa Portuguesa, e posteriormente quando lutaram pela queda de D. Pedro I. Após essas conquistas, mantiveram-se presentes as velhas ideias conservadoras lusitanas:

O liberalismo dos brasileiros do século XIX não se realizou jamais como uma aspiração por mudanças significativas nem da ordem econômica nem tampouco da ordem social. O Brasil manteve-se, desse modo, enredado em suas raízes lusitanas e, consoante tal herança, organizou um corpo legislativo que legitimava as diferenças sociais. O princípio jurisdicionalista, segundo o qual o lugar social de cada pessoa é dado pela posição ocupada na escala de hierarquias da sociedade, continuava a guiar a ex-colônia portuguesa (CAMPOS, 2003, p. 91).

Assim a sociedade brasileira seguiu por séculos, demonstrando que a base de produção mercantil reproduziu a elite mediante a exclusão social, de modo que a escravidão constituiu um tipo de sociedade extremamente estável, quase impossibilitando ascensões sociais e disputas por poder relevantes. “Isso significa que, do ponto de vista sociológico, nossas elites acostumaram-se à contínua reiteração da diferença socioeconômica entre elas e todos os outros homens livres a partir da renda expropriada ao trabalhador escravo.” (FRAGOSO; FLORENTINO, 2001, p.235).

O tráfico de escravos se prestou não apenas ao fornecimento de mão de obra, mas sim, e principalmente, para aumentar exponencialmente a riqueza dos mesmos grupos sociais, que lucravam com o tráfico em si, aumentando a concentração de renda e, por isso, perpetuando as relações de poder. Disso se pode explicar, então, o vultoso número de negros violentamente trazidos ao Brasil.

De fato, são escassas as fontes primárias de informações históricas sobre o número de escravos deportados por Portugal, mas os historiadores possuem elementos para estimar que nos quatro séculos de escravidão, em todo mundo, cerca de 11 milhões de indivíduos africanos foram embarcados à força, com destino a vários países, pelo invasor português e por luso-brasileiros (ALENCASTRO, 2000).

Desse total, cerca de 1.210.000 pessoas morreram nos navios. 5,5 milhões foram enviadas ao Brasil e América espanhola, das quais 4,8 milhões foram direcionadas exclusivamente ao Brasil. Em outros números, 43,6% do total de africanos escravizados, embarcados para toda a América, foram destinados ao Brasil (ALENCASTRO, 2000, p.379). Para se ter uma ideia da relevância desses números, em segundo lugar na recepção de escravos, às colônias britânicas no Caribe foram direcionados menos da metade dos negros conduzidos ao Brasil (FLORENTINO, 1997b, p. 23).

Os mercadores de escravos se tornaram a própria elite brasileira, com força para influenciar fortemente o destino do Estado. A lucratividade desse comércio, então, sustentava as relações de submissão e controle dos aristocratas e coronéis, os quais, por sua vez, controlavam o Estado, logo, usufruíam dos lucros e dos tributos (FLORENTINO, 2009, p.72; ALENCASTRO, 2000). A rede de influência desses traficantes era tamanha a ponto de haverem registros de vários empréstimos financeiros feitos à Coroa, bem como de compra de ações de empresas vinculadas ao governo, como Banco do Brasil (FLORENTINO, 1997b, p. 207-208).

Tal característica da elite brasileira não pode ser vista apenas sob o prisma histórico, uma vez que reflete nas características sociais do Brasil até hoje, em todas as camadas sociais. Segundo o historiador Moses Finley, citado por Manolo Florentino, uma sociedade é classificada como escravista – e não apenas possuidora de escravos – se sua elite se reproduz por meio da exploração do trabalho escravo (FLORENTINO, 2009, p.72).

Ao considerarmos que nossa sociedade se formou baseada na escravidão, tanto para geração de riquezas quanto para a geração de símbolos de poder, é certo concluir que as práticas cotidianas de rebaixamento, respaldadas pelo Estado e pela Igreja, durante os quase quatrocentos anos de cativeiro negro, impregnaram, em nossa identidade coletiva, a naturalização da exclusão do negro e da desigualdade, o que ecoou para muito além da abolição formal da escravidão em 1888, alcançando os dias atuais.

É importante lembrar que de 13 de maio de 1888 até a presente data transcorreram apenas 130 anos de abolição formal, período muito curto em comparação aos cerca de 400 anos de escravidão institucionalizada praticada pelo Brasil e por Portugal desde o fim do século XV, e de práticas reiteradas de submissão, seja pela violência física, seja pela retirada de elementos de personalidade.

Tais informações permitem dar sustentáculo empírico ao distanciamento teórico de Hegel, fundamentado por Honneth, na sistematização da estima social como ambiente de reconhecimento relacionado à instituição do Estado. Esse Estado, nascente em bases de concentração de riquezas e manutenção de estruturas sociais imutáveis, pretendeu solidificar uma normalidade excludente – pois exercia a função primária de limitar a liberdade individual – não refletia o conjunto de valores socialmente generalizado e era instrumento sistematizado de desrespeito e rebaixamento, gerando reações de oposição e luta, como se verá nos tópicos seguintes.

Desses atos de normalização de um Estado dissonante dos valores socialmente pretendidos, destaca-se, nesse tópico, o afastamento que as lideranças econômicas do país promoveram dos ditames liberais nascentes, da inviabilização da livre iniciativa aliada a criação de entraves à ampliação da concorrência no fornecimento de bens e serviços, a concentração de renda e, principalmente, por se construir em bases escravistas.

Esses destaques devem ser dados na medida em que o mercado, conforme exposto por Honneth, pode servir de instituição social potencialmente realizadora de liberdade social, se devidamente estruturado, ou seja, se os contratantes, os membros desse mercado – fornecedores e consumidores, e empregadores e empregados – fossem reconhecidos como membros moralmente influentes de uma “comunidade cooperante” (HONNETH, 2015, p.

336). Cumpre ressaltar, aqui, que Honneth estrutura o mercado essencialmente em duas esferas constitutivas: a do consumo (nas relações fornecedores e consumidores) e a do trabalho (nas relações empregadores e empregados); o foco que se pretende dar nesse tópico restringe-se à segunda esfera, convergindo com o objeto do trabalho.

Para compreender o mercado como uma instituição social potente à liberdade social, Honneth busca em Hegel sua sistematização como espaço discursivo que possibilita aos indivíduos compreender as obrigações mútuas nas divisões de atribuições, em um “sistema de obrigações de papéis complementares”, ou seja, no exemplo, o empregador reconhece o trabalhador como um igual na medida em que necessita de sua mão de obra; o trabalhador reconhece o empregador na medida em que almeja crescimento financeiro que possibilite satisfazer suas necessidades materiais com certa estabilidade e crescimento pessoal. Essa é a base teórica de um mercado que possua qualidades éticas (HONNETH, 2015, p. 358).

A concretização de tal eticidade na esfera do mercado de trabalho se daria a partir da empatia moral traçada por Adam Smith, que ligasse os indivíduos em uma compreensão generalizada da necessidade mútua de intercâmbio de bens, e de uma regulação racionalmente universalizada – por normas jurídicas, conforme sistematizado por Durkheim – que refletissem esse estado de solidariedade pré-contratual (HONNETH, 2015, p. 343/358). Essa necessidade de regulação, traçada por Durkheim, se mostra na medida em que a história demonstrou que “comercialização ilimitada de trabalho, do dinheiro ou de terras leva a consequências desastrosas”, ou seja, um mercado pautado tão somente na liberdade negativa atraiu as anomalias presentes até hoje, quais sejam: a busca por orientações utilitaristas de ganho, maximização de lucro a despeito de preceitos éticos e afastamento da solidariedade (HONNETH, 2015, p. 346).

E no que tange especificamente à esfera do trabalho, se compreende que um ordenamento econômico só se reproduz sem resistências se “a todo o tempo, for capaz de satisfazer também a imperativos extraeconômicos e morais” e, no caso da esfera do trabalho, isso significa possibilitar ao trabalhador garantir estabilidade através de uma renda familiar que supra necessidades materiais eticamente consideradas dignas (HONNETH, 2015, p. 351).

A história do Brasil demonstra, contudo, que as bases escravistas negaram qualquer potencial contribuição do negro na constituição da eticidade, uma vez que tais indivíduos foram

formalmente considerados semoventes aos olhos do Estado e das classes sociais que moldaram, inicialmente, esse ente estatal. O ambiente de trabalho no país, com isso, se tornou propício ao nascimento da resistência a partir desses indivíduos rebaixados. Ao se considerar que, pelas relações de trabalho, os indivíduos confirmam reciprocamente a dependência do outro, especialmente porque se vêem como partes integrantes e cooperativas de um resultado comum (HONNETH, 2015, p.97), é possível compreender que o escravo, ao chegar a um contexto novo, hostil, que ignora sua origem territorial/cultural e onde as instituições formais lhe nega a própria personalidade, acaba por criar vínculos de reconhecimento, em um primeiro momento, com seus parceiros de cativeiro.

Nesse contexto, é correto concluir que, mesmo diante das várias anomalias do mercado brasileiro constatadas nesse tópico – como o constante esforço na manutenção das estruturas conservadoras de poder, a criação de um estado escravista baseado na concentração de riquezas, por exemplo – o mercado, especialmente na esfera do trabalho, propiciou ao escravo criar vínculos de reconhecimento recíproco com seus parceiros de cativeiro, fazendo nascer, assim, os movimentos de resistência que, mesmo muito lentamente, culminaram na conquista de direitos convergentes à meta – ainda inalcançada – de liberdade social.

Mas, como se verá no tópico seguinte, a criação de vínculos pessoais no cativeiro, potentes a fortalecer os laços de reconhecimento dos escravos – foi percebido pelos proprietários, atraindo contramedidas voltadas a tolher os atos de luta.

3.3 A RENOMEAÇÃO DO MUNDO COMO PRETENSO ENTRAVE AO DESENVOLVIMENTO DA AUTOCONFIANÇA (E AS AÇÕES DE RESISTÊNCIA)

Como tratado no tópico anterior, a constituição do estado brasileiro em bases escravistas alça o comércio de pessoas ao estado de peça fundamental na produção de riquezas das poucas famílias que constituíam a elite brasileira, e que interferiam diretamente nos destinos do Estado. Como o tráfico em si era peça fundamental, criaram-se mecanismos de justificação e manutenção das antigas práticas, como, por exemplo, a tentativa de difusão da ideia de que o negro africano era dócil, baseado na ideia do "bom selvagem" de Rousseau, e por isso poderia servir facilmente de substituto ao indígena, considerado "arisco" (FLORENTINO, 1997b, 74).

Adquirir e possuir um escravo era um sinal de *status* para qualquer pessoa livre no Brasil. Florentino (1997b, p.28) destaca que, no Rio de Janeiro do século XIX, de todas as pessoas que abriram inventário nesse período, 85% possuíam escravos. A tentativa de normalização da escravatura explica a ausência de reivindicações pelo fim da escravidão nas principais revoltas organizadas por grupos brancos no século XIX (FRAGOSO; FLORENTINO, 2001, p.237), o que atrai a conclusão de que a atuação dos próprios negros, nos atos de luta, foi indispensável para a conquista de reconhecimento.

Um dos principais mecanismos de normalização dos atos de rebaixamento perpetrados pelos senhores de escravo eram voltados conscientemente ao enfraquecimento das relações de reconhecimento pelo trabalho – conforme explicado no tópico anterior – bem como das relações pessoais (de amizade, afetivas e familiares) que se formavam no contexto de um dado cativo. Na importante obra “A paz das senzalas: famílias, escravos e tráfico atlântico”, Manoel Florentino e José Roberto Góes realizam detalhado estudo acerca da constituição, perfil e dinâmicas das famílias dos escravos nos contextos de cativo, e os resultados se mostram fundamentais para compreender essas importantes situações de desrespeito. Florentino e Góes destacaram, com propriedade, o papel da família como local de fortalecimento pessoal, tanto no aspecto da individualidade como na preparação da pessoa para o convívio em sociedade; mas, no que tange à realidade do escravo, o tráfico quebrava essas relações com a venda de membros dessas famílias, ao mesmo tempo em que trazia pessoas novas a grupos previamente estabelecidos (FLORENTINO; GÓES, 1997a, p.178).

Com a dinâmica das pessoas nos cativos, com a extração e a inserção de novas pessoas nesses grupos por meio do tráfico, as regras internas deveriam ser constantemente reconstruídas pelos cativos, e as relações intersubjetivas não ultrapassavam camadas elementares de relação e confiança, fato que, segundo os autores, causava insegurança interna e a instabilidade na manutenção das regras de convívio. Esse fenômeno foi definido por Florentino e Góes (1997a, p.178) como "renomear do mundo", o que desestabilizava as famílias dos cativos, nas estruturas internas e nas regras, enfraquecendo-os ainda mais.

E ao se observar a intensidade do tráfico negreiro no Brasil, percebe-se que nos grandes centros econômicos agrários do século XIX, como Rio de Janeiro, Bahia e Sergipe, por exemplo, o mercado de escravos era intenso, e servia como principal fonte de novos cativos, ou seja, não havia estímulo à reprodução endógena. Em “Escravidão, reprodução endógena e

crioulização: o caso do Espírito Santo no Oitocentos”, Adriana Campos demonstra que a reprodução endógena foi, de certa forma, estimulada apenas em locais de baixo poder aquisitivo, como no Espírito Santo, onde as elites agrárias não contavam com recursos financeiros suficientes para reabastecer seus estoques de cativos pela compra (CAMPOS, 2011, p. 89).

Conforme já exposto, a desconstrução do espaço familiar – não necessariamente estruturado na relação pai, mãe e filho, mas, pelo menos, no vínculo afetivo da criança com representações emotivas de pai e/ou mãe – aliado aos maus tratos físicos, atinge o indivíduo na formação de sua autoconfiança, o que constitui ato de rebaixamento mais basilar perpetrado contra ele, causando-lhe a sensação de estar sujeito à vontade de outro sem qualquer proteção, acarretando na possibilidade de perda do senso de realidade (HONNETH, 2009, p. 215).

Com a perda da autoconfiança, o indivíduo não teria condições de buscar outras camadas de reconhecimento, como o autorrespeito pela igualdade por meio do direito e, principalmente, a estima social, já que é incapaz de se ver como membro cooperativo na modulação da eticidade. Nesse contexto, Honneth complementa:

nos estudos psicológicos que investigam as sequelas pessoais da experiência de tortura e violação, é frequente falar de “morte psíquica”; nesse meio-tempo, no campo de pesquisa que se ocupa, no caso da escravidão, com a elaboração coletiva da privação de direitos e da exclusão social, ganhou cidadania o conceito de “morte social”; e, em relação ao tipo de desrespeito que se encontra na degradação cultural de uma forma de vida, é a categoria de “vexação” (*humilhação, ofensa*) que recebe um emprego preferencial (HONNETH, 2009, p. 218).

No entanto, apesar dos danos que a “renomeação do mundo” poderia causar no agir individual, a existência de atos de resistência demonstra empiricamente que os grupos de escravos se organizavam, e reorganizavam, em outras instituições sociais de reconhecimento potentes à viabilização da luta, como, por exemplo, na própria esfera do trabalho – como tratado no tópico anterior – bem como no âmbito das relações de afeto – como a amizade – ou no que sobrava das relações familiares “mãe” (biológica ou representada) e filho. A partir dos exemplos de luta extraídos da historiografia, percebe-se que grupos de escravos criavam elementos de valores em comum, que os aproximavam mesmo em casos de alteração dos membros do grupo.

Ao analisar inquéritos e processos judiciais que tramitaram no Brasil, especialmente no século XIX, Sidney Chalhoub constatou diversas ações de resistência perpetradas por escravos, inclusive valendo-se do próprio sistema jurídico, para evitar os atos de renomeação do mundo realizados pelos proprietários. Exemplo chave do autor é a revolta liderada pelo escravo Bonifácio: ele e mais dois negros, que eram oriundos de uma mesma fazenda, foram vendidos de seu antigo senhor e estavam em trânsito para o novo proprietário, em uma fazenda localizada no interior da Bahia; durante a longa viagem, eles estavam sob guarda do mercador José Moreira Veludo, o qual possuía, além do grupo de Bonifácio, mais 50 escravos, comprados de outros proprietários, todos destinados a essa mesma fazenda. Chalhoub (1990, p. 35) conta que, durante dias, o grupo de Bonifácio se articulou com a totalidade dos escravos de Veludo, e planejaram uma reação violenta que acabou na morte do mercador. A polícia local montou verdadeiro contexto de guerra para prender os escravos, muitos dos quais, em depoimento, narraram que preferiam ir presos à serem entregues à fazenda para a qual foram vendidos, conhecida, entre os escravos, por perpetrar reiterados castigos físicos e condições precárias de trabalho.

No trecho abaixo, o autor demonstra interesse no vínculo de solidariedade que uniu os escravos no exemplo acima, e em vários outros episódios que inspirou seu trabalho, uma vez que constatou diversos exemplos de revoltas ocorridas nos atos de venda e transporte, quando os negros não se mostravam satisfeitos com as vendas, com as separações afetivas ou seus destinos:

Nota-se também que entre esses baianos três eram propriedade de Francisco Camões – entre eles o crioulo Bonifácio – outros três eram escravos de José Leone, mais três eram escravos de Emiliano Moreira, e havia ainda dois que pertenciam a Vicente Faria. Ou seja, o mínimo que é lícito imaginar é que esse lote de negros continha pequenos grupos de cativos que já se conheciam há tempos por terem sido propriedade do mesmo senhor. Essa circunstância talvez ajude a explicar o entrosamento e o sigilo conseguidos no movimento, sendo possível que existissem laços de solidariedade ou parentesco entre esses negros que os motivassem à ação. Seja qual for o sentimento de solidariedade que esses escravos tenham experimentado entre si, o fato é que reagiram a uma situação na qual não lhes fora deixado qualquer espaço de manobra. [...] era comum que os escravos exercessem alguma forma de pressão sobre seus senhores no momento crucial de sua venda. Essas pressões, ou negociações poderiam ter formas e intensidades diferentes dependendo de cada situação específica (CHALHOUB, 1990, p. 35).

Em outra passagem, Chalhoub (1990, p. 64-66) narra que Maria do Bonfim, negra livre, prestava serviços na mesma localidade que sua filha escrava Felicidade, também na Bahia. Mas a convivência muito próxima de libertos com escravos era fator decisório na escolha pela

venda do cativo possivelmente pelo receio das ligações pessoais que instigavam o escravo a buscar por liberdade (MAMIGONIAN, 2017, pos. 6222), razão pela qual Felicidade foi vendida sem que sua mãe fosse comunicada, inclusive do destino para onde ela seria levada.

Maria do Bonfim articulou-se com a comunidade local e com mercadores, vindo a descobrir que a filha havia sido enviada a Ouro Preto, Minas Gerais, para onde se deslocou com a ajuda de um mercador. Em Ouro Preto, Maria se articulou com outras negras libertas para contrair empréstimos e fazer oferta de compra da alforria da filha junto ao novo proprietário, um negociante, pondo fim àquele estado de instabilidade. Em paralelo, Felicidade passou a perpetrar atos de insubordinação, naturalmente desagradando seu senhor, enfraquecendo o vínculo de autoridade que este deveria ter perante a escrava (CHALHOUB, 1990, p. 64-66). Mas o fato de Maria do Bonfim possuir os recursos financeiros não era garantia de aceitação da alforria pelo senhor de Felicidade, pelos mesmos argumentos que impediram a libertação de Fortunata – cujo caso foi tratado no primeiro capítulo dessa dissertação – o que motivou ação judicial de liberdade, em que todos esses fatos foram narrados nos autos.

Chalhoub destaca que um dos principais argumentos utilizados por Maria do Bonfim para obter a libertação judicial da filha foi precisamente a falta de exposição pública do vínculo de autoridade do senhor em relação à Felicidade. Nesse caso, o advogado fundamentou que a “autoridade moral” do senhor sobre a cativa é componente essencial da legitimidade do domínio, ou seja, que tinha a escrava sob seu controle, e ela o reconhecesse como seu senhor. Diante dos argumentos oriundos de interpretações de princípios constitucionais, mesmo que inexistentes em um conjunto de regras positivadas, o senhor de Felicidade propôs acordo de liberdade, cedendo às pressões e justificando no “espírito de insubordinação [de Felicidade] de que é natural estar possuída” (CHALHOUB, 1990, p. 64-66).

A partir desses casos – que exemplificam diversos outros similares ocorridos no período – percebe-se empiricamente que as relações de amizade, intimidade e familiares – tal como sistematizadas por Honneth – são instituições sociais decorrentes das relações pessoais potentes ao alcance da liberdade social. No contexto dos escravos, é possível observar que tais relações de afeto se formavam quase que invariavelmente, uma vez que, sem alternativas, os indivíduos compartilhavam experiências pessoais, desaparecendo fronteiras internas que, sem aquele contexto, seriam mantidas nas comunicações cotidianas; nos dizeres de Honneth: “desse modo, ‘estar consigo mesmo no outro’ significa poder confiar, na amizade, sem

coerção e sem temor, o querer próprio a outra pessoa, em toda a sua imperfeição e sua transitoriedade” (2015, p. 252), e, pelas relações íntimas, o indivíduo não é valorizado apenas no que apresenta no momento presente, mas como cooperante nas inclinações e interesses que possam ser realizados futuramente (HONNETH, 2015, p. 265).

No que concerne às relações familiares, apesar de Honneth defender a existência de três elementos em uma configuração tradicional pai/mãe/filho, a existência de lutas específicas pela manutenção de membros de famílias mantidas por mãe e filha – como no exemplo acima de Maria do Bonfim e Felicidade – expõe que, no ambiente da escravidão, havia um espaço onde, nos dizeres do próprio Honneth (2015, p. 308), os indivíduos podiam contar com aprovações reais e não coercitivas de seus membros, mesmo em situações extremas potentes à separação, mas cuja coesão interpessoal não era resultado de convenções sociais ou clichês de papéis internalizados, e sim nutridos por afeto recíproco.

Nos contextos dessas articulações em grupo, alcançando também negros libertos e brancos aliados à causa – como os abolicionistas – os escravos passaram a articular fugas, revoltas e numerosas ações judiciais individuais de liberdade, fundamentadas nos seus “direitos” (entre aspas pois isso não era previsto no ordenamento positivado), sustentado na prevalência de princípios constitucionais fundamentais pessoais em colisão com o direito de propriedade defendido pelos senhores (CHALHOUB, 1990, p. 86). Era comum pleitos diretos (ações de liberdade), ou defesas em ações de escravização após tentativas de fugas que trouxessem, além dos argumentos já expostos nesse trabalho, por exemplo: pedidos para que os senhores se abstivessem de promover castigos excessivos; pedidos de liberdade por acidente ou doença havida no ambiente de trabalho escravo, sempre deixando claro, pelos depoimentos e também pelas petições de defesa – construídas por seus curadores – que pretendiam colidir os princípios pessoais construídos a despeito da inexistência de previsão positivada, com os direitos de livre disposição e propriedade dos senhores.

Mesmo as estratégias de enfraquecimento das relações dos negros cativos no interior das instituições pessoais (amizade, intimidade e família) e da esfera de trabalho – como o ato de “renomear o mundo” – e mesmo diante de um direito positivo que negava a personalidade aos negros, o crescimento de ações de resistência – violentas ou institucionalizadas – de grupos de abolicionistas e de sujeitos simpáticos à causa, demonstram a efetiva interação e articulação, como se vê dos exemplos da história.

Essa força de articulação dentro das instituições pessoais e da esfera do mercado passou a conferir aos negros reconhecimento suficiente – especialmente autoconfiança – para buscar direitos, um autorrespeito de forma generalizada, o que foi claramente demonstrado pelo aumento do entrosamento do negro com seus senhores, e do aumento – registrado na historiografia – das negociações entabuladas entre negro e senhor por melhores condições de trabalho, sobretudo nos contextos urbanos. Negociavam-se ampliações do direito de ir e vir em determinados horários, melhores alimentações, a possibilidade de pernoitar onde quisessem, apenas a título de exemplo; e, nos centros urbanos, a conquista de um direito pela via da negociação logo se espalhava para outros cantos da cidade, potencializando os argumentos negociais de outros escravos (CHALHOUB, 1990, p. 150-155).

Diante da proliferação das negociações e das constantes disputas sistematizadas pelos curadores e advogados nas instituições formais, passaram-se a trazer outro elemento de colisão em face do direito à plena propriedade: a validade das negociações entre senhores e escravos. Era comum, diante desse embate jurídico, surgirem ações de liberdade cujo contexto era o reconhecimento da validade de uma vontade senhorial expressa apenas verbalmente, mesmo que em público; ou ainda de promessas de libertação não formalizadas por senhores que viriam a falecer; ou a validade de ato de libertação previsto apenas em testamento; disputas hereditárias, em que, por exemplo, o inventariante concedia a alforria contra a vontade de outros herdeiros, apenas a título de exemplo (CAMPOS, 2018). Tais negociações passaram a serem práticas reiteradas, e conseqüentemente geraram crescente número de ações judiciais de liberdade, discutindo a questão da alforria mediante pecúlio. Em paralelo, passou a ser crescente o constrangimento social, também levado frequentemente ao judiciário, de manutenção de crianças como escravas, bem como a venda de cativos que simbolizassem o desmonte de famílias (CAMPOS, 2018).

Como as negociações e as resistências dos negros nos centros urbanos eram mais frequentes, instalou-se um ambiente de desconforto, e até medo nessas localidades, razão pela qual o Estado – refletindo a eticidade conservadora de suas instituições formais constitutivas – passaram a adotar medidas formais de “contra resistência”, como a intensificação da prisão e remessa de negros livres a casas de correição ou para províncias do interior, onde os pleitos eram menos articulados. Isso porque o Estado entendia que o movimento de articulação era predominantemente articulado por esses negros – muitos africanos – livres no bojo das

idades, as quais eram agora vistas, pelas instituições estatais, como “impuras”, “viciadas”, repletas de “personagens perigosas” orientadas ao “mau comportamento” enraizado no africano (CHALHOUB, 1990, p. 301-302).

Mas tais medidas foram paliativas, e não evitaram a importante conquista de direitos oriunda da lei do ventre livre, de 28 de setembro de 1871, criada para regular condutas adquiridas pela reiteração de costumes e negociações, bem como para reduzir o número de ações judiciais individuais depositadas sobre o judiciário, com juízes divididos entre a causa abolicionista e a causa escravista, criando precedentes para ambos lados.

Sobre a lei do ventre livre, além de determinar a libertação de toda criança nascida após o início de sua vigência, ela ainda refletiu duas importantes conquistas dos negros havidas pela reiteração do agir em luta por reconhecimento: a primeira, já exposta no primeiro capítulo desse trabalho, tornava potestativo o direito de alforria, bastando ao negro, agora, possuir recursos financeiros suficientes para comprar sua liberdade, independentemente da vontade do senhor; e, principalmente, proibia a separação familiar, conforme se vê dos §§7º e 8º do artigo 4º:

§ 7º Em qualquer caso de alienação ou transmissão de escravos, é proibido, sob pena de nullidade, separar os conjuges, e os filhos menores de 12 annos, do pai ou da mãe.

§ 8º Se a divisão de bens entre herdeiros ou sócios não comportar a reunião de uma família, e nenhum delles preferir conserval-a sob o seu domínio, mediante reposição da quota parte dos outros interessados, será a mesma família vendida e o seu producto rateado (BRASIL, 2018).

Percebe-se que, mesmo na experiência do cativo, a manutenção de vínculos em instituições sociais no âmbito pessoal (amizade, intimidade de casais e família) existiam a ponto de efetivarem o propósito de uma luta por reconhecimento nas esferas externas àquela instituição pessoal, a ponto de movimentar as instituições conservadoras do Estado para regular as condutas reiteradamente praticadas em séculos de luta. Mas, como os movimentos de luta – pelos indivíduos em desrespeito – e “contra resistência” pelas instituições conservadoras são cíclicas, são parte dialética necessária à maturação ética social, toda investida do movimento negro era, e é, acompanhada de contramedidas, o que, ao seu turno, torna o espiral da luta um movimento sem fim, ao mesmo tempo que crescente.

Isso se mostra empiricamente, por exemplo, a partir da análise do texto da lei do ventre livre: previa-se a nulidade em caso de venda de escravos que significasse a separação familiar, mas em momento algum falava em libertação de escravo em prol da unidade afetiva. Ocorre que, no contexto histórico de escalada por reconhecimento, tal dispositivo legal, nascido para regular relações reiteradas, acabou por também fundamentar novas ações de libertação, mesmo que não houvesse texto direto nesse sentido. Como foi observado pelo levantamento processual de Adriana Campos (2003), houve ações postuladas por indivíduos libertos que mantinham vínculo conjugal ou parental com escravos, sustentando, inclusive, que o casamento, por exemplo, havia sido constituído na Igreja.

O uso do casamento religioso como fundamento processual provoca importante constrangimento às instituições tradicionais, uma vez que exige a relativização do direito de propriedade garantido pela Constituição com base em relação matrimonial constituída pela Igreja Católica, maior autoridade religiosa deste ordenamento social. Ao mesmo tempo, conforme Campos (2003) o argumento tem por objetivo demonstrar ao julgador a capacidade dos envolvidos (requerente e esposa) de viverem segundo as regras de conduta considerados ideais para aquele contexto.

Movimento semelhante – de pressão social aliada à crescente demanda judicial – ocorreu nas origens da Lei dos Sexagenários, de 1881, uma vez que há registros de processos que datam da década de 1870 que postulavam a libertação de escravos idosos. As fundamentações iam desde apenas a idade avançada, como agregavam outros elementos de convencimento, como doenças decorrentes do trabalho. Como não havia uma idade, fixada em qualquer ato normativo, que classificasse o indivíduo como idoso, os pedidos de libertação por idade abrangiam as mais variadas faixas etárias, a partir dos 40 anos de idade. As decisões judiciais normalmente eram de procedência – mesmo que fixassem uma indenização ao senhor – uma vez que, no período, passou-se a considerar “imoral” manter escravos idosos (CAMPOS, 2003).

Por causa das pressões sociais, de novos costumes reiteradamente repetidos e das crescentes ações de libertação, que passaram a se tornar uma questão judicial, a historiografia identificou a segunda metade do século XIX como um período de “crescente agitação abolicionista”, que culminaram nas referidas leis. A partir de novos levantamentos efetuados pela História, percebeu-se, inclusive, que o que era antes visto como submissão e subserviência do escravo,

pode ter sido importante estratégia negocial para o encurtamento das etapas de libertação reiteradamente praticadas, ainda que não legalmente regulados. Quando as negociações falhavam, o Judiciário era uma via costumeiramente buscada para se conquistar direitos não legislados, ou para constranger e desgastar as instituições tradicionais:

Quando tais alternativas não alcançavam êxito, o Judiciário convertia-se numa instância de enfrentamento e desgaste da vontade senhorial. De modo geral, os escravos tentavam estabelecer, previamente, um ajuste consensual pela alforria. Apenas ocasionalmente, quando de um impasse, requisitava-se a intervenção do Juízo da localidade. Muitos magistrados, conscientes do valor de sua decisão, indeferiam imediatamente algumas petições com base em equívocos processuais ou, então, solicitavam explicações ulteriores sobre o pedido. Outras ações, contudo, prosperavam de modo a exigir uma decisão do Juiz. Embora nem todas as sentenças fossem favoráveis aos escravos, crescia, entre eles, paulatinamente, a percepção do Judiciário como um foro de pressão sobre seus senhores (CAMPOS, 2003, p. 04).

A proliferação de processos individuais marca as tentativas dos sujeitos em rebaixamento por um autorrespeito, por adquirir um estado de igualdade perante as normas racionalmente universalizadas pelo direito, e assim poderem se sentir parte de uma coletividade que pode contribuir para essa racionalização. Mas, por mais que os atos de resistência, pelo processo, pelas negociações, ou pelas revoltas, dependessem de certa articulação entre os negros das diferentes comunidades pelo país, isso não significou a criação de uma identidade negra generalizada sólida; tanto que, na doutrina, até hoje se discute se há ou não necessidade dessa sistematização teórica.

Em termos de se obter solidez nas pretensões por reconhecimento, a organização em grupos mais amplos, de caráter generalizado – para além das instituições até aqui tratadas – se faz imprescindível na medida em que “independentemente de seu tamanho e tipo, inicialmente deve ser compreendido como um mecanismo social fundado na necessidade ou no interesse psíquico do indivíduo, porque o auxilia na estabilidade e ampliação pessoais” (HONNETH, 2013, p. 56).

E no que concerne ao movimento negro, os indivíduos acabam por ter em comum, como elemento de ligação, exatamente a busca por características elementares e materiais que os vinculem afetivamente, o que pode se dar a partir das conceituações atinentes à raça, que será tratado no tópico seguinte.

3.4 AS IMPRECIÇÕES CONCEITUAIS DE RAÇA COMO ELEMENTO DIFICULTADOR DA CRIAÇÃO DE UMA IDENTIDADE NEGRA

Em levantamento empírico realizado na comarca da Capital do Espírito Santo, Adriana Campos relata que, em 1856, um escravo de nome Eleutério foi processado criminalmente pelo homicídio de um homem branco mediante o uso de arma de fogo, ocorrido após discussão. O crime doloso contra a vida foi levado a júri, que absolveu o réu. Importante ressaltar que o advogado do escravo, contratado por sua senhora, argumentou, em destaque, que aquele indivíduo “o único escravo de uma senhora, viúva, sustentada pelos aluguéis cobrados sobre o dito cativo” (CAMPOS, 2003, p. 26).

Em outra passagem, a pesquisadora narra que Joaquim, um escravo com cerca de sessenta anos, fugiu da lavoura onde era mantido cativo para se unir aos quilombolas de Palmital em Queimado. “Durante a expedição de uma guerrilha ao quilombo de Palmital, Joaquim feriu com espingarda e faca a um dos combatentes”; preso, foi condenado pelo júri à pena de cem açoites, aplicados na cadeia e, imediatamente devolvido ao seu senhor, “usaria ferro ao pescoço por seis meses” (CAMPOS, 2003, 187).

Um terceiro elemento fático de relevância, exposto por Clóvis Moura (1983, p. 11 e 28), refere-se ao tratamento cultural e civil dado ao escravo: civilmente considerado mercadoria, de valor agregado baixo, a média de vida útil do negro escravo era de apenas sete anos; sua classificação civil como semovente retirava-lhe os direitos decorrentes da personalidade, bem como seu conteúdo cultural pretérito, e ainda tornava financeiramente inviável qualquer investimento em sua saúde; o escravo era substituível, pelo dinheiro, em caso de morte:

Trazidos como escravos, tendo estranguladas as suas matrizes culturais africanas pela escravidão em grande parte, eram mercadoria barata para o senhor. Daí a sua média de vida útil ser baixíssima: sete anos. Fato explicável porque o senhor podia comprar outra *peça* por preço irrisório, capaz de substituir aquela que morria, terminado o seu ciclo de capacidade de trabalho rentável para o senhor. As crianças morriam da mesma forma, pois não era interessante ao senhor criá-las para somente depois de 14 ou 15 anos poder aproveitá-las. Tratado como *coisa* e assim considerado pelo Direito da época, o negro não tinha, conforme já dissemos, possibilidades de ascender socialmente, a não ser como quilombola, quando quebrava os padrões da *normalidade* estabelecidos para formar comunidades próprias. (MOURA, 1983, p. 11).

Esses três fatos trazem importantes traços da forma como o escravo era visto e tratado no período, e se dará, aqui, destaque a dois: a ambiguidade no compreender social do que seria o

escravo, ora indivíduo, ora mercadoria; e como essa ambiguidade determinou a vaguidade de conceitos fundamentais como *raça*.

3.4.1 Pessoa ou coisa?

A partir da doutrina historiográfica pesquisada, ilustrada nos três recortes fáticos indicados acima, observa-se que a atribuição social dada ao escravo se modificava na medida das conveniências das instituições conservadoras: para efeitos criminais, o escravo possuía legitimidade passiva para figurar, individualmente, como réu, e sofrer pessoalmente a pena; mas paralelamente, para efeitos civis, era considerado objeto de negócios jurídicos, equiparável a semoventes. Tal evento é observado, a título de exemplo, a partir de Moura (1983, p. 28) e de forma mais direta em Campos (2003, p.111):

Apesar de todo o esforço em reduzi-lo à mesma condição das coisas ou dos animais, desumanizando-o, ninguém poderia jamais se esquecer de que existiam diferenças fundamentais. Para desconsiderar a possibilidade de imputação de culpa ao escravo, seria preciso admitir a possibilidade de imputá-la ao senhor, i. e., de punir alguém por crime que pessoalmente não cometera, nem por culpa, nem por omissão.

Nesse contexto, marcou-se a contradição no trato com o escravo, classificado pela lei civil como propriedade, mas pela lei penal como pessoa, o que lhe era claramente mais gravoso, uma vez que, ao mesmo tempo em que não possuía os direitos individuais do âmbito civil, na esfera penal suas punições eram até mais severas em comparação à dos libertos, se assemelhando ainda aos suplícios medievais.

Em termos civis, a título de exemplo, qualquer dano causado por um semovente implicaria em obrigação reparatória financeira pelo dono do animal. Mas as ações consideradas danosas cometidas pelos escravos eram de competência criminal, e a imputação era personalissimamente direcionada ao negro causador do evento. Ao seu turno, se condenado, na dosimetria da pena havia certa preferência pelos castigos físicos, como açoites, em comparação as condenações que importariam em perda temporária (prisão) ou permanente (morte) da propriedade do senhor. Os açoites permitiam que o escravo retornasse mais brevemente ao trabalho, ao mesmo tempo em que inflamava temor na população pobre (CAMPOS, 2003, p. 132).

Observa-se, ainda, pela pesquisa de Campos, que a diferença entre condenação e absolvição, bem como entre a aplicação de uma pena mais ou menos grave no escravo, dependia diretamente da interferência de um senhor perante o Poder Judiciário. Isso porque, quando o tema era levado ao judiciário, percebeu-se que os réus negros não eram absolvidos ou condenados a partir de provas, na medida de seu envolvimento com o evento criminoso; igualmente, se condenado, a dosimetria de sua pena não se dava por critérios equânimes legislativos.

Nesse sentido sobre a dosimetria da pena, explica Campos (2003, p. 189):

De modo geral, não era a gravidade do crime que tornava o réu propenso a penas mais duras, mas sim o grau de sua vinculação, ou então, de desvinculação para com seu senhor. Tratando-se de um escravo com o qual o senhor não pudesse contar ou cujo exemplo fosse extremamente nocivo à sociedade escravista, a Justiça prolatava sentenças de reclusão longa ou, inclusive, a pena de morte. Fosse ele, no entanto, importante para o senhor e não estivesse seu crime vinculado a nenhuma forma de resistência, a Justiça apresentava sua face.

Havia preocupação pelo Judiciário, quando materializador das vontades das elites, de se estabelecer penas exemplares, o que se fazia sobre os escravos que não possuíam o poder de barganha respaldado por um senhor. Se o crime envolvia relevantes elementos de desobediência à ordem – como fugas – ou se o escravo estava, por alguma razão, distanciado de seu senhor, as penas eram pesadamente aplicadas. Ao seu turno, se o senhor manifestasse algum tipo de interesse no indivíduo, utilizava-se do próprio mecanismo legal para absolvê-lo, ou mesmo não o levar à justiça, o que era possível, por exemplo, através da negociação direta reparatória do senhor com o indivíduo identificado como vítima (CAMPOS, 2003, p. 189).

Nesse contexto, percebe-se que no trato de sua individualidade, o escravo não possuía identidade: não era pessoa nem coisa, ao mesmo tempo em que era uma das duas, a depender da conveniência dos valores eticamente padronizados na sociedade. Esse fator também contribuiu para o desenvolvimento de ações negociais por escravos, como tratado no tópico anterior, para que, com o apoio de seu senhor, pudesse receber benefícios, ou punições mais brandas – das instituições conservadoras que representavam uma eticidade restrita aos usos e costumes dos senhores.

Em se tratando de um contexto escravista – diuturnamente opressor no aspecto físico e psicológico, onde os espaços ignoram o passado e a cultura anterior do escravo, e por isso

apto a afrontar, como visto as camadas mais basilares do reconhecimento individual – a conquista de direitos pela negociação, evoluindo para usos e costumes ratificados pelo processo jurisdicional e, ao fim, regulado por leis, representa um inegável aspecto de uma luta por reconhecimento cuja pretensão final – mesmo que não totalmente alcançada em muitos casos – é a autoimposição do indivíduo escravizado como um igual perante seu senhor.

Com isso, o sentido do escravo como coisa se restringiu, com o tempo, e com o crescendo do reconhecimento, a disposições do direito positivo, não refletindo mais o agir reiterado dos atores envolvidos.

3.4.2 Imprecisões semânticas sobre a *raça* e suas consequências sociais

Nos dias de hoje, a partir da análise da doutrina sociológica contemporânea, bem como a partir da própria observação do contexto social – por meio da leitura de reportagens jornalísticas, percebe-se grande dificuldade, mesmo na doutrina, em se definir elementos valorativos comuns capazes de reunir importantes extratos excluídos da sociedade, descendentes das mazelas da escravidão, razão pela qual o espiral de reconhecimento mostra-se muito lento no curso da história.

Nesse tópico, defende-se a existência de uma coesão acerca do conceito de *raça*, como elemento de vínculo valorativo entre os negros, potentes a marcar sistematicamente sua luta contínua. Como destacado por Honneth, há uma necessidade normal, até natural, de os sujeitos se reconhecerem “membros em grupos sociais nos quais eles possam ver confirmadas duradouramente, através de interações diretas, suas necessidades, sua capacidade de julgamento e suas diversas habilidades” (2013, p.65) e, no interior dos grupos, cada indivíduo se liga aos parceiros de interação pelas relações de estima (2013, p. 67), no ver a si mesmo no outro, e na capacidade de, a partir dos elementos valorativos comuns – como poderia ser com a *raça* – defender como seus as características próprias do outro.

Ocorre que, não se conhece, na doutrina, conceito homogêneo sobre o que seja *raça* e, no caso do Brasil, não há consenso sobre definições relacionadas, como *negro*, *pardo* ou *mulato*. Isso se vê empiricamente sustentado, apenas para citar um exemplo, em Oliveira, Lima e Santos (1998, p. 42):

Mesmo antes de se começar a discutir (e propor) tais políticas [*públicas para as vítimas de racismo no Brasil*], o mito da democracia racial brasileira, que parecia estar sendo sepultado, ressurgiu de forma ainda mais sedutora e poderosa [...] na indagação ‘quem é negro no Brasil?’, levantada por alguns cientistas sociais brasileiros [...]. No caso brasileiro, tal indagação, *a priori*, não é sem sentido, pois o sistema de classificação racial do país é considerado ‘ambíguo’ em face do alto grau de miscigenação que ocorreu no Brasil (Hasenbalg, 1997; Guimarães, 1997; Da Matta, 1997; Reis, 1997; Sansone, 1996; FSP, 1995)¹⁶. Segundo afirmam esses autores, esse sistema tem uma alta indeterminação étnico-racial resultante da complexidade dos termos raciais que os próprios brasileiros adotam, conforme indicam as pesquisas sobre raça/cor no país, realizadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo jornal *Folha de S. Paulo* (FSP, 1995; Souza, 1997).

A partir dos estudos mencionados, são dois os critérios que dificultam a definição de *raça*, bem como a classificação de um indivíduo em determinada *cor*: a miscigenação e, principalmente, a autodefinição, ou seja, comumente, pessoas entrevistadas preferem se identificar como pardas a negras, por exemplo. Diz-se *principalmente* a autodefinição porque, quando a classificação depende de olhares externos, de um indivíduo classificando outro indivíduo, marca-se a cor com mais evidência, mesmo que não existam critérios objetivos.

Isso se mostra pelo seguinte: nessa mesma obra, os autores objetivaram levantar empiricamente, em critério quantitativo, os percentuais das vítimas de homicídio, por critérios raciais, em grandes capitais do Brasil nos anos de 1997 e 1998. De fato, encontraram dificuldades como as narradas acima, e identificaram alguns bancos de dados que ignoravam a cor da vítima; já nos casos em que a cor era identificada, havia alguns com as denominações “branco” e “não-branco”, e outros com denominações mais específicas: “pardo”, “branco”, “negro” e “moreno” (OLIVEIRA; LIMA; SANTOS, 1998, p. 47-49). No entanto, a partir da observação das diferentes pesquisas, os autores encontraram alguns padrões quantitativos, percentuais semelhantes nas classificações por cor, e constataram que:

Fica evidente que os negros e seus descendentes no Brasil são três vezes mais assassinados pela polícia que os brancos (gráfico 5), ou seja, se no plano biológico, ou da mistura racial, não é fácil saber quem é negro no Brasil, no plano das relações

¹⁶ As referências completas mencionadas nessa citação são: a) Hasenbalg, Carlos A. Os negros nas vésperas do Centenário. *Estudos dos Afro-Asiáticos*. Rio de Janeiro: 13, 1997; b) GUIMARÃES, Antônio Sergio A. A desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In SOUZA, Jessé (org.). **Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 233-242; c) DA MATTA, Roberto. Notas sobre o racismo à brasileira. In SOUZA, Jessé (Org.). **Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 69-74; d) REIS, Fábio Wanderley. Mito e valor da democracia racial. In SOUZA, Jessé (Org.). **Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 221-232; e) SANSONE, Lívio. As relações raciais em Casa-Grande e Senzala: revisitados à luz do processo de internacionalização e globalização. In MAIO, Marcos; SANTOS, Ricardo V. (Orgs.). **Raça, ciência e sociedade**. Rio de Janeiro: Fiocruz/CCBB, 1996, p. 207-217.

raciais, ou sociológico, a identificação parece ser simples e, na maioria das vezes, fatal para os negros. Isso quer dizer que se cientificamente (ou biologicamente) a cor/raça negra não existe, socialmente ela é uma realidade. E, nesse caso específico, ela é categoria social de homicídio (OLIVEIRA; LIMA; SANTOS, 1998, p. 50).

Em outros termos, se uma pesquisa acerca de raça utiliza como critério a autodefinição, poderá apontar um número menor de negros, que se denominam pardos, por exemplo, em comparação a pesquisas nas quais não prevalecem a autodefinição.

É importante destacar que a obra acima citada, publicada em 1998, foi fruto de pesquisas e análises anteriores às políticas de cotas raciais implementadas no Brasil a partir dos anos 2000, o que pode ter contribuído para a ocorrência de mudanças no critério autodefinição: em determinadas situações, ser negro passou a ser explícita e formalmente vantajoso. No entanto, percebe-se que mesmo recentemente, a autodefinição ainda continha traços de negação do ser *negro*, ou do ser *pardo*, *mulato*, *preto*, o que se observa, novamente, a partir do criterioso olhar da História da formação do país.

Em sua tese de doutorado, Adriana Campos (2003, p. 100) conta que, já no século XIX, as autoridades brasileiras costumeiramente igualavam negros e pardos em uma única categoria, de *não-brancos*, que formavam um grupo de *homens de cor*. Mas essa classificação jamais foi formal, ou mesmo era um padrão social expressamente difundido. Nesse ponto, a autora destaca que, diferente dos EUA – onde vigiam conceitos “bipolares” de raça, de negros ou brancos – no Brasil havia um contexto de “policromia”, que dificultou a criação de identidades raciais, e contribuiu para a criação do mito da “democracia racial”. Sobre isso, em importante passagem:

A complexidade do “jogo retórico” da semântica racial e social, como pardos livres e pardos escravos ou negros livres e negros escravos, foi um sério obstáculo à constituição de uma tradição legal assentada no paradigma da raça, conforme se realizou nos Estados Unidos. Houve, sem dúvida, uma política deliberada de controle das camadas “perigosas”, que, majoritariamente, eram formadas por mestiços e negros, mas nenhuma instância de política pública assumiu abertamente a conotação racial de suas ações (CAMPOS, 2003, p. 100).

Muito embora as maiores ameaças ao sistema escravista brasileiro viessem de mestiços e negros, não havia uma definição precisa de raça, como nos EUA. No país norte-americano, havia inclusive um sustentáculo teórico social justificando a escravidão e uma “vocação” do negro para a escravidão. Em estados como na Carolina do Sul, no século XIX, chegou a se definir uma presunção de que todo negro era escravo (CAMPOS, 2003).

Essa definição teórica e legal não ocorreu no Brasil, que “não produziu nenhuma teoria explicitamente racista a respeito da população negra” (CAMPOS, 2003, p. 71). Até era possível ver justificativas esparsas, como pela Igreja, por exemplo; mas não havia nenhuma produção explícita e sistemática que sustentasse a escravidão. No Brasil, era possível que um pardo livre e com posses fosse senhor de outro pardo, o que era totalmente inimaginável nos EUA.

No curso da luta por reconhecimento, os atos de “contra resistência” perpetrados pelas instituições escravistas do Brasil procuraram, ostensivamente, manter tais conceitos imprecisos através de estratégias como confundir as causas dos negros à “pobreza”, nos dizeres de Frago e Florentino (2001, p.236): ao mesmo tempo em que pregam a possibilidade de erradicação da pobreza, paradoxalmente “em circunstâncias limite, associam quase que ontologicamente os pobres ao crime, surgindo a coerção como único paliativo”. E acrescenta-se: ainda hoje, em “circunstâncias limites”, valem-se das imprecisões normativas jurídicas, da mídia privada e das próprias estruturas do Estado para violar direitos, valendo-se da própria máquina estatal para manter as velhas relações de rebaixamento.

Munanga descreve situações reiteradamente observadas nos grupos negros, inclusive na África, voltados à valorização da cultura europeia em detrimento da negra. Para o antropólogo, a negação de uma raça vem atrelada ao embranquecimento, perpassa pela geração de “amor”, “admiração” pelo branco, em paralelo à “vergonha” e “ódio” de si mesmo, ou seja, “aceitação do colonizador e autorrecusa”:

Assim, o negro passa a vestir-se como europeu e consumirá alimentação estrangeira, tão cara em relação ao seu salário. O rompimento das fronteiras de assimilação acontecerá pelo domínio da língua colonizadora. Por isso, todo povo colonizado sempre admirou as línguas invasoras, que achava mais ricas do que a sua. Num grupo de jovens africanos de qualquer país de seu continente, aquele que se expressava bem e tinha controle da língua não materna (francês, inglês e português) era muito respeitado. Quantas vezes escutamos a expressão: ‘tome cuidado com ele; é muito inteligente, fala francês como um branco’. Muitos africanos alienados deixaram até de falar suas línguas em casa com os familiares. [...] Nessa língua, sua música não vale nada, porque o colonizador assegurou-lhes que ela é desordenada e semelhante a miados de gato. Sua discoteca compõe-se totalmente de som estrangeiro. Alguns chegam a admitir que os discos nacionais prejudicam seus aparelhos. Não condenamos o fato de ouvir música universal, mas recusar a própria é internalizar o preconceito racial criado pelo colonizador, ou seja, alienação pura e simples. Algumas vezes, o que acreditamos ser ‘autenticamente’ africano não é outra coisa senão elementos da civilização ocidental integrados pela força do alheamento (MUNANGA, 2012, p.475).

O resultado dessa tentativa vã acarretaria, ao mesmo tempo, uma aceitação da colonização para que, assim, em fantasiosa situação de igualdade com o branco invasor, o negro seria finalmente aceito em seus direitos (MUNANGA, 2012, p.463).

Em outra passagem, Munanga (2012) identifica a inserção sistemática da cultura alheia pelos meios de comunicação privados, pela propaganda consumista. Relata quantidade considerável de mulheres negras, mesmo de camadas mais populares, desprenderem recursos financeiros adquirindo produtos químicos alisadores de cabelo e de clareamento da pele, produtos popularizados em diversos países africanos (2012, p. 998). Parecer-se com o branco tornou-se símbolo de posição social, de riqueza, especialmente os meios mais onerosos como cirurgias para redução do volume dos lábios ou modificação da forma do nariz: “acrescente-se o fato de termos ouvido pessoas negras gabarem-se publicamente (entre famílias bem-sucedidas) de possuir lábios finos e nariz proeminente como os brancos” (MUNANGA, 1978, p. 149-150).

Honneth (2015, p. 400) corrobora esse fenômeno ao indicar o consumismo como anomalia que impede o mercado de consumo servir de instituição social geradora de liberdade. Através do consumismo, a ação necessária de se adquirir itens de manutenção e bem-estar, de satisfazer interesses pessoais por meio do intercâmbio institucional, passa a ser, de forma anômala, elemento de pertencimento e, conseqüentemente, de negação do conjunto de valores que acompanharam o indivíduo no curso de sua vida. Ao analisar a anomalia do consumismo pelo ímpeto de pertencimento, Honneth faz um paralelo com a esfera do trabalho, cabível na presente análise na medida em que as estratégias de consumo se assemelham entre os países:

Como conseqüência do aumento gradativo do padrão de vida e da expansão da proteção social, o sentido cultural de pertencer a uma classe começa a se diluir entre os trabalhadores, de modo que os dispositivos de defesa especificamente ‘proletários’ contrários à mentalidade consumidora já quase não se deixava reconhecer. (...). A indústria de bens de consumo soube aproveitar muito bem a disposição em compensar os anos penosos de privações condicionadas pela guerra com a rápida aquisição do maior número possível de bens de consumo. (...). A conduta de compra do consumidor não mais se orientava pelo caráter de uso dos bens disponíveis no mercado, mas pela promessa de felicidade pessoal e de desenvolvimento da personalidade, que vinha embutida na competência profissional (HONNETH, 2015, p. 400).

A busca pelo pertencimento e, conseqüente, negação dos próprios valores, atrai a ideia de normalidade (patológica) do desrespeito ao negro. Nos dizeres de Vincenzi (2009, p.99-116):

Assim [através do uso permanente das máscaras sociais], em vez de considerar a pessoa como indivíduo consciente na sociedade, a consideramos como um ser cooperativo ou membro de uma sociedade. Mas o medo do retorno do conceito metafísico de pessoa pelas atuais teorias sociais inibe a observação de um problema agudo e atual: a manipulação do papel social do indivíduo pela mídia, pela economia, pelo sistema de ensino e pelo movimento da proteção ambiental, entre outros. É imposto ao indivíduo mediante esta manipulação, consciente e inconsciente, de que modo ele deverá ser e apresentar. A sociedade passa a ser entendida como um grande palco pluralista, no qual os diretores – economia, mídia, direito, esporte e movimentação social – distribuem roteiros: ‘O espetáculo não é um conjunto de imagens, mas sim uma relação social entre pessoas geradas por meio de imagens’.

Por meio dessas estratégias de enfraquecimento da identidade, a negação passa a ter “contornos de normalidade patológica com o passar do tempo” (VINCENZI, 2013, p. 75-82). Essas reiteradas tentativas de embranquecimento e a confusão na criação de uma identidade sólida, formada por elementos materializados e sistematizados que reunissem os valores comuns causou um problema nos períodos de levantes teóricos pró-abolição em comparação, por exemplo, aos EUA: lá, as normas jurídicas e teorias sociais pró-escravistas eram sistematizadas, logo, a oposição e a luta por direitos iguais foi igualmente sistemática e explícita, baseando-se nos preceitos do Direito Natural. Já no Brasil, as instituições formais majoritárias aboliram formalmente a escravidão sob a justificativa de se fugir de um estado vexatório perante a comunidade internacional, pregavam a construção de uma “razão nacional”, para livrar a “nação de uma instituição causadora de degeneração e de heterogeneidade” (CAMPOS, 2003, p. 72).

Se a criação de identidades raciais não decorria dos elementos da elite, ou mesmo dos grupos acadêmicos da sociedade brasileira, o mesmo ocorria sob o prisma do escravo: como narra Alencastro (2000, p. 345 e 351) em prol da própria sobrevivência, por vezes o negro teve de negar sua pele, sua cor, a ponto de se miscigenar para livrar seus filhos da perseguição e proporcioná-los uma ampliação de direitos. Antes de 1888, núcleos de negros autônomos ou independentes, mesmo os libertos, viviam com medo dos capitães do mato, que, remunerados por pessoa capturada, prendiam os ditos “negros fujões” em busca de recompensas financeiras. Dessa forma, a pessoa parda ou negra, mesmo livre, convivia com o medo de ser capturada e reviver o cenário de violência escravista; daí decorreu, em grande parte, a miscigenação e a constituição do conceito de mulato, ou mestiço, ou mesmo pardo, o qual, no Brasil, possuía mais direitos que os negros, mesmo que ainda limitados quando comparados aos direitos dos brancos.

O mesmo movimento foi identificado também por Clóvis Moura (1983, p. 31) no período após a abolição, quando acordos entre o Brasil e países europeus estimularam a imigração de mão-de-obra barata da Europa, a qual, ao chegar ao país, se tornariam “concorrentes” dos negros no mercado de trabalho. Em paralelo, levantamento documental de Elisa Nascimento (2003, p. 276), ao seu turno, constatou que a imigração de mão-de-obra europeia, subsidiada pelo Estado brasileiro, ocorria contemporaneamente à proibição da entrada de “homens de cor” no território nacional. No entanto, considerando que “a mão-de-obra ex-escrava estava fartamente disponível” a autora conclui que a política de imigração do europeu “tinha um objetivo racial: embranquecer a população, ‘limpar o sangue’ da mancha negra” (NASCIMENTO, 2003, p.276).

Além do embranquecimento da população, a imigração do europeu contribuiu para fortalecer a estratificação social. Segundo Clóvis Moura (1983, p. 31), a importação da mão-de-obra europeia configurou um mercado de trabalho competitivo, em substituição à lógica escravista, fazendo com que grupos de negros “procurassem assimilar certas normas de comportamento brancas, para não serem perseguidas em face de uma eventual radicalização dos seus propósitos”. Com isso, criou-se um “pacto implícito entre a ideologia do colonizado e a do colonizador”, a fim de buscar certa mobilidade entre estratos sociais em uma sociedade rigidamente hierarquizada.

Essa diferenciação entre os estratos sociais no século XIX é exposta por Campos (2003, p. 91), que demonstra a existência de certa mobilidade social nas camadas mais baixas, mas não das camadas baixas para as de elite:

A conformação institucional da escravidão brasileira foi herdeira direta da dimensão jurisdicionalista e hierárquica da sociedade portuguesa. Desde os tempos coloniais, a sociedade que se formou no Brasil obedeceu aos princípios de hierarquia trazidos pelos colonos portugueses. Todos os habitantes da América portuguesa, inclusive os escravos, encontravam-se distribuídos ao longo de uma extensa cadeia social. Com o tempo, a mestiçagem contribuiu para aumentar ainda mais a escala de hierarquias no Brasil, passando a incluir em seu espectro a diferenciação entre pardos, cabras, caboclos, pretos, entre outros. A mobilidade entre os estratos sociais legitimava e consolidava a ordem hierárquica, instaurando-a como um princípio ordenador da sociedade. Um preto alforriado deixava a posição de escravo e “ascendia” à posição de “forro”. O filho do preto “forro” era agora um preto ou um cabra. Esses fundamentos viriam a inclusive suplantar a experiência com as idéias liberais durante o processo de autonomia do Brasil.

Também após independência, manteve-se a confusão no que concernia à definição de raça, mas se passou a difundir uma ideia de que “o problema da raça” era uma “questão social”, o que dificultou ainda mais o caminho para a criação de identidades de grupos baseados em cor ou raça. Isso porque, em termos práticos, ao se tornar “questão social”, as ações repressivas cotidianas deixaram de se guiar apenas pela questão da cor da pele, de modo que a “posição social do indivíduo, o comportamento, a profissão, a educação, entre outros, eram levados em conta na identificação e perseguição dos criminosos”. Nesse sentido, a elite brasileira foi infinitamente mais hábil, pois, ao inocular o preconceito entre as próprias pessoas de cor” (CAMPOS, 2003, p. 104).

Mesmo entre os intelectuais, negava-se a relevância da questão racial, classificando-a como uma “ilusão diversionista criada pelo sistema de dominação de classe”, capaz apenas de segmentar e, conseqüentemente, enfraquecer os movimentos populares com agendas muito específicas. A título de exemplo, tal vertente acadêmica criticava o próprio nome dado ao Teatro Experimental Negro, uma das principais instituições sociais do século XX, responsável pela difusão, ainda que embrionária, de uma identidade negra; reputavam mais adequados títulos como Teatro Popular, ou Teatro Folclórico (NASCIMENTO, 2003, p.288).

Criminalizaram-se costumes com tipos penais vagos como “desordem” e “embriaguez”, imputados predominantemente aos pobres: “se as ocasiões de alegria e festejos das populações de cor da cidade redundavam em “desordens e embriaguez”, as traquinagens dos filhos da elite eram vistas com simpatia”. Como tais delitos eram considerados de menor potencial ofensivo, não chegavam ao judiciário; eram fiscalizados, julgados e apenados pela própria polícia, que adotava um procedimento padrão de aplicação sumária da pena de reclusão ou de açoites. (CAMPOS, 2003, p. 168-170).

A partir desses relevantes fatos históricos, observa-se na doutrina certo esforço em identificar um conceito de raça para os dias de hoje, uma vez que, no Brasil, costumeiramente houve eficazes mecanismos que impediram a sistematização dessas definições. A partir da Sociologia, têm-se corroborados os fatos, trazidos pela História, que diferenciaram, por exemplo, as práticas teóricas do Brasil e dos EUA, onde, segundo Antônio Sérgio Alfredo Guimarães (2009, p.21), da mesma forma que todos têm um sexo, uma idade, uma nacionalidade, todos têm uma raça, de forma tão óbvia que os sociólogos não se sentem obrigados, na maioria das vezes, a trabalhar uma definição conceitual. Em países como o

Brasil, o conceito só é utilizado regularmente – mas mesmo assim sem sistematicidade conceitual – por movimentos sociais cujos membros, ou seus simpatizantes, se sentem pessoalmente discriminados em decorrência da cor ou compleição física.

Mesmo entre as ciências sociais há diferentes correntes teóricas a favor ou contra existência de um conceito de *raça*. Aqueles que são contrários a um conceito sustentam sua posição em dois fundamentos principais: na inexistência de critérios biológicos que marcam qualquer diferença entre humanos; e no fato de a existência de um conceito de *raça* servir apenas para perpetuar as diferenças opressivas entre grupos humanos (GUIMARÃES, 2009, p. 22).

Ao seu turno, os teóricos que são favoráveis à conceituação de *raça*, afirmam que a existência de um conceito sociológico não precisa ter vinculação com a Biologia, de modo que, com as definições próprias, é possível demonstrar mais claramente o conjunto de ações e crenças discriminatórias; além disso, sustentam que, para as vítimas de racismo, há necessidade de uma construção crítica do que seja *racismo*, enquanto ação ideológica opressora (GUIMARÃES, 2009, p. 22).

Nesse sentido, como sustenta Elisa Larkin Nascimento, (2003, p.48) a eliminação de um conceito de “raça” não afastaria o conjunto de atos de rebaixamento dirigidos diretamente a grupos com características físicas comuns, as quais “continuariam a ser tipificadas e interpretadas pelo senso comum que constrói socialmente as ‘raças simbólicas’”; como consequência, o racismo não seria apagado do “espaço mental popular”, mas, ao contrário, normalizado sob a forma de um “racismo simbólico”.

Os elementos empíricos relacionados às conceituações de *raça* se fazem presentes mesmo sem uma sistematização teórica, portanto. Por isso ela será invariavelmente percebida, e comporá importante elo entre os indivíduos rebaixados em luta, os quais, baseados nas características comuns – não necessariamente fisiológicas – se organizarão em grupos potentes a despertar a solidariedade ética nos indivíduos que lhes são integrantes e, via de consequência, também aqueles que não compartilharam daquela história de sofrimento específico ou não se enquadram em qualquer característica física dos membros predominantes.

Nesses grupos, como explica Honneth (2013, p.66) “estabeleceram-se símbolos e rituais coletivamente compartilhados que, no entanto, têm força simbiótica suficiente para prover aos

seus membros, mesmo à distância, o respeito compensatório”. A raça, nesse sentido, será um conceito potente a identificar práticas cotidianas relacionadas àqueles que se enquadram intrinsecamente no conceito, como condutas padronizadas de desrespeito, o que cria campo propício para o assentimento ético generalizado voltado a coibir tais práticas.

Importantes autores destacam, contemporaneamente, que as políticas de liberdade individual, em um liberalismo ortodoxo, que pregavam um “liberalismo da dignidade equânime”, em verdade, acabavam por sustentar um “liberalismo cego”, pois aplicavam normas generalizadas a uma coletividade ampliada de indivíduos organizados socialmente em grupos específicos, com características marcantes. Para Charles Taylor, por exemplo, as potencialidades humanas necessárias para a efetividade de um ideal liberal só são alcançadas a partir da observação e reconhecimento das diferenças, e que as políticas públicas as valorizem para mantê-las em convívio harmônico (TAYLOR, 1994, p. 673).

Will Kymlicka, ao seu turno (2001, p. 14), destaca que no final do século XX, especialmente na década de 1980, as teorias sociais negligenciaram a questão da diversidade étnica, acreditando que o modelo liberal ortodoxo e a industrialização formaria um contexto favorável a integração adequada entre as diversidades; mas o efeito foi inverso: observou-se a ampliação da intolerância, da concentração de riquezas e da exclusão, sustentadas em falsas ideias de igualdade que preteriam materialmente grupos minoritários ou historicamente desrespeitados.

Nesse sentido, o conceito de raça não possui origem biológica, e não objetiva explicar “fenômenos ou fatos sociais de ordem institucional”; ao invés, ele tem origem sociológica, visa a compreensão de ações intersubjetivas, nutridas de certa intenção (GUIMARÃES, 2009, p. 31). E, ainda, trata-se de um conceito necessário para o recorte social que se tem hoje, no Brasil. Seguramente, o conceito de raça, nesse espaço e tempo, se difere do que seria no Brasil do século XIX, e mesmo do que é nos EUA dos dias atuais, por exemplo. E apenas em um utópico contexto de assentimento solidário generalizado, tal conceito seria verdadeiramente desnecessário, até sem sentido.

Partindo destas premissas, observa-se que Antônio Sérgio Guimarães (2009, p. 29-30), sintetizando os elementos trazidos por outros sociólogos, conceitua raça como o conjunto de características hereditárias, visíveis em marcas físicas relacionadas a valores morais,

intelectuais e culturais, partilhadas por membros da espécie humana, que permitem dividi-la em agrupamentos cujos integrantes partilhem entre si certos traços e tendências que não são partilhados com membros de nenhum outro agrupamento; esses traços e tendências características compõem uma espécie de “essência racial”, a qual ultrapassa as características morfológicas visíveis – cor da pele, tipo de cabelo, feições faciais – com base nas quais fazemos nossas classificações formais, e transcende para o contexto histórico, demográfico e social específico.

É nessa “essência racial”, segundo o autor, que reside a mutabilidade percebida nos conceitos de raça de local para local, ou de diferentes momentos históricos. Ainda que o nome raça não seja pronunciado, “a diferenciação entre os tipos de racismo só pode ser estabelecida através da análise de sua formação histórica particular”, ou seja, como o termo tornou-se metáfora de “classe social”, “etnicidade”, “nacionalidade” ou “gênero” (GUIMARÃES, 2009, p. 37).

Finalmente, deve ser destacado que a Sociologia compreende por não confundir os conceitos de *raça* com *cor*. Guimarães explica que, historicamente, o nome *cor* já foi utilizado como substituto de raça por quem defendia a impossibilidade de uma diferenciação racial nas ciências sociais. Mas, em verdade, acabou se tornando uma espécie de eufemismo impróprio, uma vez que distanciava das análises toda carga histórica e cultural intrínsecas à raça. Para Guimarães (2009, p. 47):

De fato, não há nada espontaneamente visível na cor da pele, no formato do nariz, na espessura dos lábios ou dos cabelos, ou mais fácil de ser discriminado nesses traços do que em outros, como o tamanho dos pés, a altura, a cor dos olhos ou a largura dos ombros. Tais traços só têm significado no interior de uma ideologia preexistente (para ser preciso: de uma ideologia que cria os fatos, ao relacioná-los uns aos outros), e apenas por causa disso funcionam como critérios e marcas classificatórias.

A cor, então, só tem significado em uma cultura ideologicamente carregada de elementos raciais, os quais são necessários para se identificar condutas generalizadas e reiteradas de desrespeito contra determinada raça, como no caso dos negros.

No que tange especificamente aos negros, que, dentro do conceito de raça, corresponde ao grupo primordial inerente ao corte metodológico e empírico do presente trabalho, há também que se buscar uma definição para compreender, por elementos expostos aprioristicamente, quem estaria inserido nesse agrupamento social.

É nessa temática que a bibliografia em Sociologia expõe o conceito de *negritude*, que seria a nomenclatura, para essa corrente doutrinária, correspondente ao agrupamento de pessoas cuja “essência racial” é negra. Para Munanga (2012, p. 770), a negritude é a consciência de pertencimento à raça negra, cuja solidariedade mútua atrai o sentimento de dever de preservação da identidade comum. Por isso, para Munanga, o conceito de negritude ultrapassa as fronteiras dos países, uma vez que, de acordo com sua observação, “na história da humanidade, os negros são os últimos a ser escravizados e colonizados. E todos, tanto no continente [africano] como na diáspora, são vítimas do racismo branco” (MUNANGA, 2012, p. 843).

Dentro do conceito de raça, sistematizado por Guimarães, acima exposto, e do conceito de Munanga sobre negritude, tem-se que a “essência racial” que liga os negros solidariamente compõe-se de elementos primordiais: são pessoas africanas, ou descendentes de africanos, cujo passado familiar foi marcado pela opressão direta ou indireta da cultura escravista, e que sofrem ações de preconceito de pessoas brancas por conterem traços físicos que os relacionam ao contexto de escravidão.

Ao seu turno, vertendo-se os olhos à realidade brasileira, e partindo-se dos conceitos de raça por Guimarães e de negritude de Munanga, é possível concluir que, no Brasil, podem ser classificados como de raça negra tanto aqueles indivíduos fisicamente identificados como negros, propriamente ditos – a partir de um conjunto de características morfológicas e físicas – como também aqueles identificados como “morenos”, “pardos”, “pretos”, ou qualquer outra nomenclatura que o remeta a esse agrupamento, e que sejam potenciais, ou de fato, vítimas de violações por possuírem tais características físicas histórica e socialmente valoradas.

Em consonância com esse entendimento, há doutrina que compreende que, no Brasil, o problema das violações decorrentes de raça deva ser visto como um problema social abrangente, uma vez que, em termos empíricos, todo aquele classificado como “não-branco” é vítima de racismo (OLIVEIRA; LIMA; SANTOS, 1998, p. 50-52), ou seja, estariam abrangidos nas mesmas violações dirigidas globalmente aos indivíduos da raça negra.

Um último ponto é a relação, feita por alguns doutrinadores, entre classe (operários, trabalhadores, por exemplo) e raça. Para tal corrente, por força de dados empíricos, o conceito

de raça seria abrangido pelo conceito de classe, como se os negros, por exemplo, sofressem experiências de desrespeito por estarem majoritariamente nos extratos mais pobres das sociedades. Em igual linha, observa-se doutrina que é contrária à definição de raça, sob fundamento de que tal diferenciação estimula o conflito, a negação do outro (MAGGIE, 2008). Contudo, Munanga (2012, p.783), sustentado em Jean-Paul Sartre, discorda dessa abordagem, sob fundamento de que “a redução de *raça* a *classe* é um modo de negar a gritante constatação social”, de que “a agressão aos negros é não apenas socioeconômica, mas também racial, donde há grande diferença entre oprimidos negros e outros”.

Por essa linha de raciocínio – aqui compreendida como mais adequada – observam-se importantes pontos em comum entre os agrupamentos de negros e de trabalhadores, os quais podem ser negros ou brancos. Os trabalhadores, enquanto agrupamento próprio, são vítimas de anomalias na esfera do mercado de trabalho, mas não estão inseridos no conceito de raça.

Nada impede, contudo, após a definição do traço que une os indivíduos e marque as violações específicas sentidas por cada um – seja por raça, seja por classe – que os agrupamentos possam unir forças uns com os outros, aproximando o conjunto de símbolos compartilhados por um número maior de participantes que lutem em conjunto, por um reconhecimento que represente alterações fáticas nas diversas esferas de relacionamento, ou mesmo de forma generalizada. Já é possível compreender, então, que a Sociologia, por diversos autores, compreende a necessidade de união de elementos de afinidade comuns entre diversos grupos vítimas de condutas diárias de desrespeito, sem desnaturalizar os grupos em suas características constitutivas.

Florestan Fernandes, novamente na obra “Significado do protesto negro” (1989, p. 23), expõe a possibilidade desse envolvimento, sem a necessidade de perda dos elementos raciais imprescindíveis para a luta de raça:

A democracia só será uma realidade quando houver, de fato, igualdade racial no Brasil e o negro não sofrer nenhuma espécie de discriminação, de preconceito, de estigmatização e de segregação, seja em termos de classe, seja em termos de raça. Por isso a luta de classes, para o negro, deve caminhar juntamente com a luta racial propriamente dita. O negro deve participar ativa e intensamente do movimento operário e sindical, dos partidos políticos operários, radicais e revolucionários, mas levando para eles as exigências específicas mais profundas da sua condição de oprimido maior.

Pelo que já foi demonstrado no decorrer do presente trabalho, as motivações da sociologia e da historiografia são empíricas, já que um conceito de raça existe na medida em que reiteradamente se perpetra ações de rebaixamento contra indivíduos com características gerais comuns àquele conceito. E mesmo antes de qualquer sistematização teórica acerca da raça, os próprios negros agiram por resistir às investidas, aqui narradas, de enfraquecimento do vínculo, questionando as próprias instituições formais, novamente pelo processo jurisdicional, acerca de uma definição racionalizada do ser negro no Brasil, como se verá a seguir.

3.5 O REGISTRO DE ESCRAVOS: MEDIDA ESCRAVISTA TORNADA ABOLICIONISTA

Vimos nos tópicos anteriores que a historiografia e a sociologia reconhecem notória precariedade na definição de uma identidade negra devidamente sistematizada, e que tal estado de permanente imprecisão decorreu de medidas oriundas do período escravista, como uma forma deliberada de tentar desarticular um movimento abolicionista crescente, nascido das próprias interações entre negros, alcançando negros livres e brancos em prol da causa, especialmente no século XIX.

O poder de articulação dos escravos se estendeu por diversas frentes: atingiu os proprietários de pessoas, no sentido de obter melhorias nas condições de trabalho e, em alguns casos, até a alforria e promessas de libertação; atingiu outros escravos, difundindo as conquistas negociais, por resistências físicas e judiciais adquiridas por grupos em diferentes localidades, espalhando a confiança necessária para se generalizar a luta; atingiu negros libertos, essenciais nos movimentos de difusão de notícias e incitação à abolição; atingiu brancos, inclusive membros do judiciário, que, constrangidos a comparar a eticidade conservadora com o sofrimento do cativo, não tiveram mais condições de sustentar a realidade da escravidão, passando a ingressar as fileiras abolicionistas.

Como não havia uma identidade racial sistematicamente definida, tampouco legalmente positivada, ocorria um jogo de fortalecimento contra enfraquecimento do movimento, o que é exposto nos números levantados por Sidney Chalhoub (2010, p.34-36): segundo os censos realizados na segunda metade do século XIX nos três maiores países escravistas da América, 73,75% dos pretos e pardos habitantes do Brasil eram livres; em Cuba, 37,8% dos negros totais eram livres, e nos EUA, esse número alcançava apenas 11%.

Mas os números brasileiros demonstram uma realidade maquiada, por duas razões, segundo Chalhoub (2010, p. 36-39): a primeira é a difusão formal, positivada, da alforria em cada estado: enquanto no Brasil ela era permitida – apesar da dificuldade prática de obtenção, como já tratado aqui – nos outros Estados americanos ela era institucionalmente proibida, ou formalmente muito burocráticas, como ocorria nas localidades onde só era concedida com autorização formal do poder legislativo. A segunda razão era a característica dissimulada do estado brasileiro, pois, na medida em que a alforria era formalmente permitida, a experiência da liberdade por negros era cada vez mais precarizada, através da criação de situações intermediárias entre a liberdade e a escravidão legalmente reconhecidas, como a alforria revogável, a alforria a título precário – condicionada, por exemplo, a prestação de serviços por tempo determinado ou indeterminado, ou mediante endividamento – ou ainda o direito de reescravização, por exemplo. Isso além de outros instrumentos indiretos, como a presunção legal de que o negro é escravo até prova em contrário – limitando sua mobilidade às localidades que já conheciam sua condição de liberto – além da frequente suspeição da polícia e do evidente apoio do governo brasileiro à escravização ilegal. Todo esse estado de incertezas tornou precários os conceitos de liberdade para os negros, naquilo que Chalhoub identificou como “precariedade estrutural da liberdade”, especialmente durante os momentos de maior levante abolicionista, no curso do século XIX.

Mas há explicação para esse constante conflito entre certezas e incertezas no decorrer dos anos 1800, conforme explicado na obra “Africanos Livres: a abolição do tráfico de escravos no Brasil”, de Beatriz Gallotti Mamigonian (2017).

Narra a autora que o reconhecimento da independência do Brasil pela maior potência mundial da época, a Inglaterra, foi condicionada à adoção de uma série de medidas legais para a abolição da escravatura, a qual foi cumprida, teoricamente, através da vigência de alguns instrumentos normativos, especialmente: um tratado entre os países, que entrou em vigor em 1830, e proibia o comércio de escravos; seguido da lei Feijó, de 7 de novembro de 1831, que, além de proibir o tráfico, declarava livre o negro que chegasse ao Brasil a partir daquela data, e impunha penas aos traficantes; e, por fim, a Lei Eusébio de Queirós, de 1850, que manteve os termos da lei anterior, adicionando a competência da Marinha para realizar auditorias e julgamento de casos de tráfico (MAMIGONIAN, 2017).

Apesar das medidas normativas, a Constituição outorgada de 1824 manteve a escravidão, e ainda retirava dos africanos livres o título de cidadãos brasileiros, razão pela qual eram tolhidos de diversos direitos, como a restrição de circulação, ou possibilidade de aquisição de bens de raiz, por exemplo. Em paralelo, o próprio Estado brasileiro, como instituição formalizada de uma eticidade escravista, permitiu o aumento substancial do tráfico ilegal, de modo que, de 1830 a 1856 cerca de 800 mil africanos foram trazidos como escravos, ao mesmo tempo em que as normas positivadas atinentes à propriedade privada foram ampliadas, permitindo-se, por exemplo, a manutenção do domínio havido ilicitamente, no que Mamigonian denominou “guinada conservadora de 1837” (MAMIGONIAN, 2017). A história identifica, inclusive, essa relação cíclica de ações e reações: as investidas institucionalizadas dos escravos, muitas vezes se valendo do judiciário, eram interpretadas como ameaça à autoridade senhorial no Brasil, razão pela qual se tomavam medidas conservadoras pelo Estado para limitar aquelas investidas, ou mesmo tentar retornar aos contextos anteriores (CAMPOS, 2015, p. 206-208).

A fiscalização prevista na lei de 1831 era intencionalmente precarizada, e poucos negros eram efetivamente apreendidos, inclusive com a tomada de medidas teatrais pelo Estado: conforme levantado pela pesquisadora, em um mesmo navio apreendido, a minoria dos escravos era “selecionada” para a apreensão em posse do governo e a maioria entregues a concessionários privados, em que acabavam por integrar o tráfico ilegal mesmo oriundos de navios apreendidos pela fiscalização. O discurso difundido era que não se sabia o que fazer com esses escravos apreendidos, pois, sustentava-se que o ideal era remetê-los de volta aos seus países de origem, mas ninguém queria pagar a conta (MAMIGONIAN, 2017, pos. 1386).

Como medida paliativa, enquanto os escravos apreendidos pelo governo não eram devolvidos aos seus países de origem (o que, no futuro, acabou nunca acontecendo), o legislativo federal tentou direcioná-los a trabalhos em obras públicas, medida que não recebeu força no âmbito político. Com isso, poucos de fato foram direcionados às obras públicas, mas a maioria ainda era direcionada aos particulares, em um estado de servidão que, em verdade, era um substituto à escravidão. Entre 1834 e 1838, por exemplo, apenas um em cada cinco africanos distribuídos pelo governo imperial coube às instituições públicas (MAMIGONIAN, 2017, pos. 1386, 2274 e 5022).

Nos primeiros anos a partir da implantação da lei de 7 de novembro de 1831, as correntes que defendiam a aplicação literal da lei eram amplamente minoritárias, ou seja, não se cogitava, de forma relevante, declarar livre o negro africano que fosse apreendido pelo governo nos navios do tráfico agora considerado ilegal. Defendia-se amplamente que eles, antes, deveriam prestar serviços por um determinado tempo – não definido oficialmente – sob justificativa de serem incapazes de viver autonomamente; com esse tempo de serviço em servidão, eles eram entregues a um curador privado e, sob fiscalização, contrairiam “traços civilizatórios” e aproximação com a cultura e a língua do Brasil. A verdade, contudo, é que tais justificativas serviam como engodo logicamente construído para manter o sistema escravista, razão pela qual a lei de 7 de novembro ficou conhecida como lei “para inglês ver” (MAMIGONIAN, 2017, pos. 1386; 5022). Era marcante a capacidade do Estado brasileiro de servir de “fiador” do contrabando ilegal, “rotinizando a escravização ilegal” mesmo após a lei de 1831 (CAMPOS, 2015, p. 206-208).

E tais medidas hoje são vistas sistematicamente pela doutrina como verdadeiras investidas por dominação, ou assimilação cultural, valendo-se do próprio sistema jurídico como fundamento. Will Kymlicka (2001, p.17-18), nesse mesmo sentido, destaca as exigências por aproximação cultural como instrumento de pretensa dominação, especialmente quando, em um contexto de pluralidade cultural, por exemplo, os grupos dominantes exigem a padronização da linguagem e de modos de conduta tidos como ideais.

Como já visto, contudo, as investidas conservadoras escravistas não intimidaram o movimento abolicionista, oriundo do crescente elemento de autoconfiança surgido entre os negros nas suas relações pessoais, demonstrados nos exemplos já citados na presente dissertação. O contexto agora, a partir da lei de 7 de novembro, e das normas subsequentes, era de ampliação do reconhecimento do negro na medida em que, mesmo apenas no âmbito do direito positivo, havia uma previsão racionalmente universalizada de liberdade, mesmo que não cumprida pelo Estado, mesma instituição formal que a criou.

Tal contradição interna, oriunda das próprias condutas do Estado, deixa claro à população em situação de desrespeito que uma conquista da liberdade social¹⁷ não é suficiente através

¹⁷ Conforme tratado no primeiro capítulo: A “liberdade ‘social’ é a circunstância segundo a qual determinada instituição de realidade social já não é considerada mero aditivo, mas condição e meio para o exercício da liberdade”. Os esforços de reflexão individual só serão efetivos na produção da autorrealização, portanto, “se na

apenas do direito positivo. Há necessidade de se alcançar uma cultura política que ecoe efetivamente nas decisões institucionalizadas do Estado democrático de direito, pois apenas ele confere, de fato, “oportunidades de realização dos princípios fundamentais pela via de intervenções jurídico-políticas” (HONNETH, 2015, p. 629-630).

Na esfera individual, a autoconfiança – havida dos esforços nas relações pessoais de amizade, intimidade e família – serve de impulsionador moral para a obtenção das conquistas nessa nova etapa, de autorrespeito através do direito, da efetivação das normas universalizadas na esfera prática, transformando ideais teóricos em usos e costumes. As instituições sociais já vistas aqui – da esfera pessoal e do mercado, ambas subordinadas às suas próprias normas autorreferenciais (HONNETH, 2015, p. 629-630) – portanto, serão etapas fundamentais para o avanço em mais um degrau da luta por reconhecimento.

Por mais que o Estado brasileiro do século XIX não fosse, formalmente, democrático de direito, sua estrutura imperial era baseada em um ordenamento jurídico que resultava de pressões sociais, daí podendo se falar em possibilidades de universalização racional das condutas eticamente difundidas. Isso sem contar que, essas mesmas condutas acabavam por pressionar o Estado Imperial brasileiro de tal forma, que o poder centralizado nas mãos do imperador acabava por refletir uma série de negociações de suas vontades com os grupos de influência. O perfil do Estado Imperial brasileiro, portanto, estava longe do absolutismo e centralismo nas mãos de um imperador.

Nesse contexto, se o Estado é visto como “um aparato originalmente pensado como meio e fim em si mesmo: uma grande organização ocupada exclusivamente com a ampliação do próprio poder”, ele será uma instituição em anomalia, a qual pode ser pela via do engodo, ou social-democrática, ou pela via dura do totalitarismo (HONNETH, 2015, p. 587), logo, não será ambiente de ampliação das liberdades, tornando-se objeto de conflitos. Em termos ideais, por sua vez, Honneth parte de Durkheim e Dewey para definir o Estado democrático de direito como o “órgão intelectual”, pelo qual “se devia implementar, de maneira inteligente e pragmática, a vontade do povo democraticamente negociada” (HONNETH, 2015, p. 583), de modo que sua esfera de ação adequada ocorrerá quando ele exerce a tarefa de “proteção e do respeito à formação da vontade pública” (HONNETH, 2015, p. 588).

interação com outros, numa instituição social, forem reciprocamente realizados esforços desse mesmo tipo” (HONNETH, 2015, p. 81).

É nesse contexto teórico que o Estado brasileiro do século XIX, apesar de predominantemente escravista, ainda servia de espaço negocial – mesmo que precário – de reconhecimento e, conseqüentemente, de conquista de uma liberdade social dos negros, os quais se valeram, também nesse ambiente de incertezas muito bem calculadas, da interação, negociação e luta moral. Desse modo, a lei de 7 de novembro de 1831 e as subseqüentes motivaram numerosas ações individuais de liberdade, especialmente a partir de 1840, dos negros representados por seus curadores, muitos dos quais aderiram à causa abolicionista (MAMIGONIAN, 2017, pos. 1833).

Muitas ações também foram ajuizadas no intento de fixar um prazo certo para as servidões instituídas pelo governo, de modo que, ultrapassado aquele prazo, o indivíduo seria considerado totalmente livre. Para tanto, argumentava-se que o prazo era de 14 anos, baseado em um Alvará do poder executivo emitido pelo Império Português em 1818, mas cuja aplicabilidade em solo brasileiro não fora positivada pelo governo brasileiro pós-independência. A intenção abolicionista era fixar um prazo certo, por mais longo que fosse, para que, ao menos, se estabelecesse um estado de certeza. O poder legislativo não acatou as pressões e não ratificou o alvará português; por essa mesma razão as defesas dos escravistas sustentavam na negativa de vigência da norma; mas as numerosas demandas judiciais individuais instaram o pensamento jurídico majoritário a acatar o prazo, gerando repercussões favoráveis à definição no âmbito do Executivo (MAMIGONIAN, 2017, pos. 1386). O estabelecimento de um prazo, mesmo que por precedentes não vinculantes, ou por normas do executivo, constituiu mais uma conquista baseada em interpretações de princípios constitucionais que, a rigor, não coadunavam com a compreensão semântica do que era literal na regra jurídica.

Essas conquistas estimulavam ainda mais o peticionamentos por liberdade e, no crescendo por reconhecimento, passaram a exigir, também, a libertação antes dos 14 anos. Sustentavam que, se o prazo de servidão servia apenas para adaptação do negro africano à realidade brasileira, bastava que o indivíduo se mostrasse adaptado para adquirir a liberdade antes. Foi o que ocorreu com vários apreendidos da escuna “Emília”, por exemplo, que se articularam, ainda na década de 1830 para obter libertação antes do tempo, conforme levantamento de Mamigonian (2017, pos. 2364), a qual acrescenta, com clareza, o medo que as investidas abolicionistas causavam nas instituições escravistas:

Dá para entender por que se depositava tanta expectativa na reexportação dos africanos apreendidos depois de 1831. Em 1835, o ministro da Justiça, Manoel Alves Branco, alertava: “o meio da distribuição não satisfaz ao grande fim de livrar o país de uma população sempre perigosa, e agora tanto mais quanto é certo que estes africanos distribuídos se tornaram insuportáveis depois de ladinos, com a opinião de livres entre os mais escravos”. Ao tratar os africanos apreendidos depois de 1831 como escravos que não deveriam se reconhecer como livres, o ministro expressava a preocupação crescente com o potencial de impacto dos africanos livres sobre os que haviam sido contrabandeados mas mantidos como escravos. De fato, Helena Moçambique, Felício Mina e outros africanos dos navios julgados entre 1830 e o início de 1831 também não demoraram a assumir vida de libertos. Incomodavam seus arrematantes espalhando maus exemplos para escravos e outros africanos livres ao requerer seu direito à emancipação na década de 1840. Em Pernambuco, Cândida Maria da Conceição, africana livre vinda na escuna Clementina, apreendida em 1831, foi até o Superior Tribunal de Justiça para demonstrar que podia viver sobre si e defender o direito a ser emancipada. Os africanos cujos serviços foram concedidos a partir de 1834 tomaram consciência de seu estatuto jurídico aos poucos e frequentemente adotaram os códigos de resistência e negociação usados pelos escravos. Sua reação à tutela e ao trabalho compulsório ficou documentada nas petições, nos pedidos de emancipação e de desistência dos serviços de africanos livres formulados por concessionários (MAMIGONIAN, 2017, pos. 2364).

Da mesma forma que não havia um conceito preciso da raça, nem do que era ser livre no Brasil, também não havia certezas sobre a origem de levantes específicos e atos de resistência. Notícias de potenciais revoltas obrigavam as autoridades a decretar prisões a esmo, já que a identificação das lideranças era igualmente dificultada. Mamigonian cita um exemplo de notícia de revolta violenta, com objetivos claros de assassinato de senhores de escravos, que eclodiria tanto em São Paulo como no Rio de Janeiro, e cuja organização podia ser obra de escravos, de pardos libertos, de grupos abolicionistas ou de agentes estrangeiros que pretendiam insuflar os escravos contra o governo. No curso do inquérito, identificaram um importante suspeito de liderar os escravos, autodenominados “a sociedade”, “seria o crioulo Agostinho, ex-escravo de Antônio Gaspar Martins Varanda, [...] sabia ler e escrever e foi reconhecido por todos como ‘muito sagaz’” (MAMIGONIAN, 2017, pos. 3306-3368):

Composta de círculos de cinquenta escravos, cada um liderado por um “Tate” ou “Pai” em várias línguas bantas, acompanhado de “cambondos” e “mocambas do anjo”, seus encarregados, a “sociedade” tinha por objetivo “matar todos os senhores de qualquer sexo ou idade, administradores e mais empregados livres nas fazendas inclusive aqueles escravos que quisessem ser fiéis a seus senhores”, que alcançariam através do envenenamento dos senhores pelas “mocambas do anjo”, posição ocupada por criadas domésticas (MAMIGONIAN, 2017, pos. 3306-3368).

O que o episódio desta revolta demonstra, especialmente após os recentes estudos das raízes africanas, é que os grupos escravizados no sudeste do Brasil decorriam de nações africanas com certa proximidade geográfica, linguística e cultural, decorrentes do Congo, Angola e

Benguela, com raízes comuns que se estruturavam como um “culto de aflição”, denominado Kimpasi, cuja função primordial era “atacar as causas de doenças ou de males sociais, e fortalecer o indivíduo ou o grupo em época de crise”. Foi uma resposta dos africanos, em sua própria linguagem e bagagem cultural, à crise ética pela qual perpassava o Estado brasileiro no período (MAMIGONIAN, 2017, pos. 3306-3368).

O caso foi abafado perante a mídia, mas as repercussões públicas locais foram inevitáveis, causando estado de medo que acabou por pressionar o legislativo. As forças policiais do Rio foram reforçadas e foram tomadas decisões por deliberações secretas do legislativo, mas, mesmo assim, recentemente defendem alguns historiadores que o episódio foi o estopim da aprovação da Lei Eusébio de Queiros, em 1850, que tornava ainda mais rigorosas as punições ao tráfico ilegal de escravos (MAMIGONIAN, 2017, pos. 3306-3368).

Há importantes características que devem ser destacadas dessa revolta: tratava-se de indivíduos com ascendência africana descentralizada, pois oriundos de nações diferentes, que se reuniram ao redor de elementos culturais comuns apesar de relevantes adversidades como a distância geográfica (a revolta atingiria mais de um estado do Brasil), a experiência do cativo e a diversidade do estado civil dos envolvidos (escravos, ex-escravos, pardos livres, abolicionistas etc.). As características do movimento, o temor que causou nas localidades que seriam atingidas e o efeito de alterar a legislação federal, demonstram, novamente, que a partir de experiências compartilhadas de desrespeito, o ímpeto da luta por reconhecimento sobrepõe as diferenças de suas origens geográficas africanas, reunindo congolezes, angolanos e benguelenses para, em grupos com ampliado reconhecimento interno, concatenar tal complexa revolta.

Obviamente a nova legislação não era sinal de respeito reiterado pelo Estado, ou pelos grupos conservadores da elite mercantil. As reações contra os abolicionistas continuaram, inclusive através da implementação de medidas voltadas a dificultar até o trâmite dos pedidos de libertação após os 14 anos de servidão. Ainda era difundida a ideia, quase que de forma obcecada, nas instituições conservadoras escravistas, que os negros emancipados seriam má influência para os que ainda estavam em servidão, e mesmo aos escravos. A situação tornava-se ainda mais complexa aos escravistas na medida em que muitos negros libertos e emancipados passaram a, mesmo que em estado de pobreza, demonstrar autonomia e capacidade de se inserir no mercado de trabalho (MAMIGONIAN, 2017, pos. 5477). Daí

passou-se a difundir o uso do processo – por petições ao judiciário ou diretamente às polícias – pelos senhores, para que se determinassem medidas de afastamento de negros livres que eles consideravam “perigosos”, “sedutores” e que serviam de “exemplo”. Mas a remessa dos africanos transgressores a outras províncias do país não abafou as revoltas nos centros urbanos, mas, ao contrário, espalharam o espírito de luta para onde aqueles foram enviados.

Os casos acima, e outros elementos empíricos levantados por Mamigonian (2017) e Chalhoub (1990 e 2010), por exemplo, demonstram que o estado de dúvida sobre quem era livre e quem era escravo no Brasil, que antes beneficiava aos escravistas por meio das medidas citadas no início deste tópico – liberdades condicionadas, alforrias revogadas, reescravização etc. – passou a ser razão de revoltas, petições de libertação perante diversas instituições estatais e litígios no bojo de processos jurisdicionais, muitas vezes terminando favoravelmente ao negro. A presunção de escravidão, vigente até os anos de 1872, não se sustentava mais nos precedentes processuais não vinculantes.

Como derradeira tentativa de contramedida, os legisladores conservadores criaram a norma do registro de 1872, a qual determinava que todo indivíduo escravo teria essa condição registrada nos tabelionatos locais. Tal regra nasceu com intuito de proteger a propriedade privada dos senhores, e determinou que todas as transações de escravos necessitariam de tal registro para se concretizarem. No entanto, os negros que ajuizavam ações judiciais ou petições aos órgãos executivos, amparados pelos juristas abolicionistas, inverteram a lógica da norma do registro, trazendo a interpretação da presunção de liberdade, ou seja, seria livre todo negro que não tivesse registro de escravidão. Essa interpretação pegou os escravagistas de surpresa, a ponto de discutirem o tema no legislativo. Mas a influência da imprensa abolicionista e de legisladores abolicionistas conseguiu afastar a influência do legislativo sobre o Judiciário, o que causou o efeito abaixo, exposto por Mamigonian:

o recurso ao Judiciário para requerimento de liberdade pela Lei de 1831, tomando por base a matrícula de 1872, tornou-se muito frequente em 1883 e difundiu-se como uma epidemia nos anos seguintes, através da rede de advogados e juízes abolicionistas e da publicidade que eles davam a suas petições e sentenças em veículos como a revista jurídica *O Direito* e jornais de maior circulação. Evaristo de Moraes, em sua memória da campanha abolicionista, deu destaque ao tema da aplicação da Lei de 1831 nos tribunais e procurou registrar nomes de militantes que avançavam a causa, em particular advogados e juízes de diversas comarcas país afora. Entre eles, destacou Antônio Joaquim de Macedo Soares e Amphilópio Botelho Freire de Carvalho, que na República seriam ministros do Supremo Tribunal Federal. Macedo Soares, além de ativo juiz de direito em Mar de Espanha, Minas Gerais, e depois em Cabo Frio, província do Rio, escreveu, em 1883 e 1884,

textos de doutrina em que defendia a vigência da Lei de 1831 (MAMIGONIAN, 2017, pos. 7042).

Tal como a lei de 7 de novembro de 1831, a regra dos registros de 1872 não foi integralmente cumprida pelo Estado brasileiro, sobretudo por sua desorganização estrutural e pela conduta transgressora dos negros: nem todo tabelionato era organizado, nem todo senhor registrava seu escravo, nem todos registravam as vendas, ou apenas as realizava por procuração; muitos escravos fugiam para outras províncias, onde não havia registro de sua condição de escravo e, por meio de petições de liberdade, faziam valer a presunção de liberdade recém-adquirida. As ações individuais acumulavam-se apoiando em qualquer pequeno vício nos registros, e atraindo a presunção de liberdade (CHALHOUB, 2010, p. 57).

Quanto mais normas paliativas favoráveis aos negros foram criadas, maiores e diversificadas eram as fontes de insurgências dentro do próprio sistema jurídico, contrariando as pretensões senhoriais, cujo objetivo, com as novas leis, era acalmar os ânimos, “pacificar” as tensões sociais, a partir de sinalizações de uma liberdade plena que nunca chegava (CHALHOUB, 1990, p. 232). A substituição da escravidão pela servidão perdeu sua eficácia com o crescendo das pressões abolicionistas, a ponto de, às vésperas de 1888, ser “abolicionista” tornara-se modismo em alguns círculos, uma marca que não necessariamente indicava um trabalho efetivo em prol da causa (CHALHOUB, 1990, p. 253-254).

Esses abolicionistas de ocasião acabaram por minimizar as conquistas dos negros, inclusive perante as fontes históricas primárias, como livros e panfletos publicados na época. Desconhecedores da luta, se viam como essenciais ao processo de abolição da escravatura, uma vez que, conforme palavras dos próprios, os negros não eram conhecedores dos seus direitos, eram bárbaros, “possuídos por paixões sem limites”, selvagens resumidos à condição de animais que precisavam da iluminação dos cultos. Chalhoub não poupa críticas a tal conduta, e reafirma o papel de protagonismo dos negros na luta pela abolição, em forte passagem conclusiva:

Tanto o estudo das situações de compra e venda [...] quanto, agora, a análise dos processos cíveis mostram que a liberdade era uma causa dos negros, uma luta que tinha significados especificamente populares – no sentido de que esses significados eram elaborações culturais próprias, forjadas na experiência do cativo. [...] Este capítulo mostrou, entre outras coisas, que o Direito foi uma arena decisiva na luta pelo fim da escravidão, e não se justifica o desdém ou o mecanicismo que a historiografia habitualmente dispensa a esse tema. Nesse sentido, a atuação de pessoas como Perdígão Malheiro e Nabuco, assim como de um sem número de

curadores e juizes de vara simpáticos à causa da liberdade, fez uma enorme diferença. Mas, por outro lado, e mesmo nesse jargão legal cujo ideal é anular a voz do escravo e falar por ele, vimos que os negros conseguiam impor pelo menos em parte certos direitos adquiridos e consagrados pelo costume, assim como conseguiam mostrar o que entendiam como cativo justo ou pelo menos tolerável. Vários souberam ainda como conseguir o direito legal à liberdade e, percebendo a possibilidade da alforria, procuraram o auxílio de homens livres, fugiram para a polícia, se apresentaram às autoridades judiciais e, o que é mais surpreendente, perceberam muitas vezes exatamente o que deviam fazer para conseguir transformar em histórias de liberdade alguns daqueles calhamaços que se encontram até hoje nos cartórios e arquivos públicos (CHALHOUB, 2010, p. 253-254).

Todo esse complexo de ações tornou o 13 de maio de 1888 inevitável. A escalada havida da luta por reconhecimento dos negros, desde as bases afetivas até a conquista do autorrespeito pelo direito demonstrou suas diversas articulações em instituições sociais de reconhecimento, como a família, a amizade, as relações íntimas, bem como nas instituições do trabalho, que os tornaram vistos fortes o suficiente para entabular negociações com aqueles que, pelo direito positivo da época, eram proprietários de seus corpos. Superaram um contexto de rebaixamento basilar para articular em igualdade.

Obviamente, a história também mostrou que a abolição formal não foi, nem de longe, o marco empírico de um autorrespeito pelo direito. Até porque, como já visto, o reconhecimento pelo direito, o autorrespeito enquanto manifestação de igualdade perante normas universalizadas racionalmente, não está apenas na existência de leis, mas na sua efetividade (HONNETH, 2009, p. 217). Por mais que a abolição tenha jogado os negros à própria sorte, como já visto, sua capacidade de articulação em torno de experiências comuns de rebaixamento demonstrou que a luta, assim como a continuidade dos atos de desrespeito, seria contínua. A diferença, agora, é que, por meio do direito, os negros passaram a ter a possibilidade de participar da esfera democrática em um âmbito até então institucionalmente negado: a de partícipes, mesmo que potenciais, nas escolhas dos rumos da vontade pública, da construção do estado democrático de direito através da formação da vontade democrática, instituição esta mais efetiva no alcance da liberdade social (HONNETH, 2015, p. 484-485), abrindo o caminho necessário para o alcance da última esfera individual de reconhecimento. O tópico seguinte, então, fechará a dissertação demonstrando alguns usos das instituições democráticas como instrumento de reconhecimento generalizado após a abolição, e mostrará que, mesmo que até hoje a autoestima ainda não é uma realidade – e talvez ainda esteja longe de ser – avanços reais foram adquiridos pela luta.

3.6 AVANÇOS DO ORDENAMENTO SOCIAL BRASILEIRO NOS SÉCULOS XX E XXI EM UMA LUTA PERMANENTE POR RECONHECIMENTO

Por meio da análise pura do direito positivo, enquanto conjunto de normas prescritivas pretensamente voltadas para a regulação das condutas, observa-se que todos os movimentos de luta perpetrados por escravos e abolicionistas explicam a imprecisão semântica e pragmática de postulados basilares, e fundamentais, como o direito à igualdade exposto na introdução do presente trabalho. O cotejo entre a teoria e a prática demonstra que o fato de haver regra textual específica na Constituição ou em lei – por mais importante que seja uma previsão garantidora de direitos humanos – pode não significar, necessariamente, a eficácia desse direito.

Daí ficam demonstrados dois aspectos elementares do direito: um, o de que uma norma jurídica não decorre unicamente de um texto, mas da interpretação, em uma conceituação oriunda da compreensão de que “as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual” (ÁVILA, 2004, p.60), de modo que a norma jurídica, enquanto elemento do sistema jurídico, não decorre da mera existência do texto, mas do resultado do exercício interpretativo; e o segundo, o de que a universalização racional de regras e condutas só será instrumento de reconhecimento se garantir um espaço de diálogo efetivo em que o indivíduo se vê integrante da criação daquele conjunto de regras (HONNETH, 2009, p. 217), ou seja, se externar constantemente o conteúdo material de uma legitimidade social.

Isso significa dizer que a positivação, a previsão legal de um direito, deve ser considerada como relevante conquista social pelo beneficiário daquele direito, mas não deve atrair a ideia de êxito definitivo, de fim da luta pela efetivação desses direitos. E, no Brasil, como visto, exceto nos casos de luta ostensiva por reconhecimento, as instituições formais do estado, responsáveis por sistematizar racionalmente um direito positivo (o Legislativo) e aplicá-lo (o judiciário), via de regra adotam condutas de concentração de poder e renda, e exclusão das massas populacionais (CAMPOS, 2003), mesmo após a abolição.

Especificamente quanto ao Processo Civil, o resultado visto pelo Código de 1939 marcou a reafirmação de uma justiça elitista, com forte formalidade e elementos que afastavam as camadas populares, tanto na linguagem quanto em mecanismos que dificultavam o acesso à

justiça. Para citar alguns exemplos, o Código possuía número exagerado de procedimentos especiais, bem como impreciso e complexo sistema recursal (MAZZEI, 2014).

Mesmo os avanços observados no Código Posterior, de 1973, exaltado por seu rigor científico e sua separação sistemática em relação ao direito material, não foram suficientes para sensibilizar o legislador às questões pragmáticas importantes como acesso à justiça, especialmente a assistência judiciária, negligenciados pelo texto original de 1973 (MAZZEI, 2014). O orgulho científico das mentes acadêmicas brasileiras não produziu, contudo, nesse primeiro momento, uma base normativa voltada à grande massa populacional do país. Como se observou, o acesso à justiça foi objeto de destaque em reformas do código de 1973, e tratada de forma ampla e sistemática apenas no recente Código de 2015.

No campo do direito material, contudo, o caminhar foi mais complexo. A primeira lei direcionada ao combate ao racismo foi a “Afonso Arinos”, Lei 1.390 de 1951. Segundo a antropóloga Yvonne Maggie (2008), a lei, que recebeu o nome de seu autor, o então Deputado Federal Afonso Arinos de Melo Franco, legislador oriundo da elite de Minas Gerais e de vertente conservadora, teria sido criada após grande comoção midiática, que havia repercutido reiteradamente a notícia de um hotel de São Paulo que teria recusado a hospedagem de uma atriz norte-americana negra, sob argumento de ser “pessoa de cor”. Tal fato foi o motivador, inclusive, de um importante discurso de Gilberto Freyre na tribuna da Câmara, em 1950, contra o preconceito de “raça” no Brasil (MAGGIE, 2008).

No entanto, atribuir a criação da Afonso Arinos à sensibilidade de um parlamentar de vertente conservadora, a partir de um único evento midiático, significa reproduzir a omissão da força do movimento negro também no século XX. Em uma análise mais aprofundada do contexto brasileiro no início da década de 1950, é possível concluir que a lei Afonso Arinos não foi fruto de um caso isolado de violação de direitos de negros. Conforme demonstra levantamento empírico realizado por Elisa Larkin Nascimento (2003), o banimento de negros em hotéis, teatros, boates, barbearias, clubes, escolas, empregos e do processo político era diário; tão comum a ponto de não ser relevante para a grande imprensa (NASCIMENTO, 2003, p. 259). Esses atos de banimento e violação de direitos foram alvos de críticas pelo movimento negro por meio de uma série de instituições sociais de reconhecimento com força e penetração social suficiente para transgredir uma eticidade conservadora.

E, nesse ponto, cumpre dar ênfase ao estudo de Elisa Nascimento na sistematização de instituições sociais de reconhecimento, criadas e mantidas por negros no curso do século XX. De acordo com a pesquisadora, já no início do século surgiram associações sociais e recreativas, além de uma imprensa negra, voltados a medidas capazes de pôr fim ao “preconceito” (termo usado no período, já que não se falava sistematicamente em racismo) e objetivava uma nova abolição, já que a de 1888 não fora capaz de promover “uma vida em liberdade, mas apenas a vegetação de um povo em estado de miséria e privação absolutas” (NASCIMENTO, 2003, p. 224). Atacavam especificamente as ações pejorativas contra os negros, ainda associando-os à condição de escravos e de um tipo inferior de ser humano, o que era embasado por uma ciência eugenista e defensora de uma superioridade do branco, como já tratado.

Mesmo que essas organizações embrionárias fossem severamente limitadas por importantes fatores desmobilizadores do movimento, como a pobreza, a miséria e o analfabetismo, elas obtiveram êxito, nos termos de Florestan Fernandes (1964, p. 310) em três pontos: inspirou um novo “estado de espírito”, elevando as potencialidades internas dos negros a ponto de inspirá-los a reivindicar por igualdade; suscitou o interesse coletivo pela “realidade racial brasileira”, especialmente sua importância na cena histórica; e, por fim, em ação revolucionária – segundo Fernandes – mobilizaram um movimento, mesmo que embrionário, que tentou inserir o negro no debate público, especialmente em prol da solução de “problemas raciais brasileiros”.

A título de exemplo, os autores Fernandes e Nascimento destacam, em suas respectivas obras, que a articulação do movimento fez surgir pequenas centelhas de imprensa, cuja principal importância, na época, não foi divulgar notícias, mas cumprir um papel de incitar o vínculo ético entre membros da raça negra, dar “o senso da solidariedade, encaminhá-los, educá-los a lutar contra o complexo de inferioridade” (NASCIMENTO, 2003, p. 225). Além da imprensa, foi criada a Frente Negra Brasileira e a Convenção Nacional do Negro, no fim da década de 1920 – quando o pensamento teórico dominante ainda era eugenista e explicitamente discriminatório – que cresceu a ponto de espalhar mais de vinte núcleos pelo estado de São Paulo, influenciando o movimento também em outros estados. “A Frente organizava desfiles, atos públicos, conferências públicas, seminários e outros eventos para protestar contra a discriminação racial”; obteve êxitos como a abertura de vagas de trabalho – mesmo que trabalhos eminentemente manuais e mal pagos, que refletiam o contexto de analfabetismo e

má formação acadêmica do negro na época – e a admissão de negros à Guarda Civil Paulistana, na época conhecida por admitir apenas brancos (NASCIMENTO, 2003, p. 232-234).

Um terceiro exemplo, mais adiante, foi o importante Teatro Experimental Negro (TEN), cuja transgressão à moral socialmente difundida se iniciou pelo nome, marcando termo “Negro” com destaque, propondo expor que a sociedade brasileira, em verdade, estava longe da democracia racial amplamente difundida. E nesse termo, já pelos ditames dos idealizadores do movimento, estavam abrangidos grupos de características bem definidos – como os mulatos e os pardos, por exemplo – que, em verdade, não eram beneficiários dos ditames de igualdade social, logo, estavam no âmago da negritude (NASCIMENTO, 2003, p.288). Com a definição de identidades raciais que eram cotidianamente rebaixados pelos grupos dominantes, o TEN “soava algo sacrílego, vagamente difamatório da cultura nacional e nocivo ao bem da pátria”, nos dizeres de Elisa Nascimento (2003, p. 289). E o objetivo da instituição era mesmo chocar, desafiar a “hegemonia mestiça que desfilava como simulacro da brancura”, e com isso semear a própria alteração semântica de termos como “negro” ou “negritude”; afastar a ideia de vadiagem, ou outros adjetivos depreciativos, e nutrir um sentido positivo e afirmativo, “capaz de sustentar uma identidade imbuída de conteúdos históricos e culturais resgatados da negação imposta pelo padrão da brancura” (NASCIMENTO, 2003, p.289).

O método ia além do teatro, pois promovia aulas para alfabetização de seus integrantes, sob a justificativa de capacitar os atores a ler e decorar suas falas. Os atores, no entanto, não eram profissionais, mas populares, operários, empregados domésticos, biscateiros, desempregados (NASCIMENTO, 2003, p.290-291). Também promoviam concursos de beleza próprios, exclusivos para mulheres negras, como contraponto expresso ao Miss Brasil, na época patrocinado pelo jornal O Globo, cujas participantes eram exclusivamente brancas. E havia uma justificativa própria para esse concurso de beleza: afastar a ideia naturalizada no imaginário popular de que o negro é naturalmente feio, rebaixando o indivíduo negro, desde a infância, a indivíduos incapazes de fazer parte dos padrões de beleza estabelecidos (NASCIMENTO, 2003, p. 296). O tom subversivo era propositalmente mantido, no intuito de causar o incômodo dos questionamentos críticos, como uma exposição, em artes plásticas, de pinturas de Jesus negro, filho de pais negros (2003, p. 300).

Das razões determinantes para o enfraquecimento substancial dos movimentos aqui citados, as principais foram os golpes políticos aplicados no Brasil: no caso da Frente Negra Brasileira, o Estado Novo de Getúlio Vargas, e no caso do TEN o Ato Institucional número 5 dos governos militares, que proibiam as reuniões e aglomerações em grupos; os pequenos órgãos de imprensa, ao seu turno, também sofreram com as intervenções políticas, bem como pela precariedade financeira, pois se dedicava a público eminentemente analfabeto e miserável. Mas os efeitos positivos no sentido de imprimir uma “identidade negra” e afastar os sentimentos de vergonha social foram marcantes, e ecoaram para além dos encerramentos formais dos grupos (NASCIMENTO, 2003). O próprio TEN, por exemplo, foi uma organização criada após o fim do Estado Novo, baseado nas ideias da Frente Negra e das imprensas do início do século.

A propósito, a articulação em órgãos de imprensa demonstra a penetração desses grupos de negros na esfera política da deliberação e da formação da vontade pública, ou seja, da formação da vontade democrática, a qual, para Honneth, é o núcleo da realidade da liberdade, potente à construção de uma eticidade democrática (2015, p. 484), uma vez que:

somente nessa instituição social dos Estados de direito moderno a série de esferas garantidoras da liberdade que paulatinamente reconstruímos até aqui chegará à sua última e mais elevada definição, porque é em seu âmbito que os cidadãos decidem em conjunto, no intercâmbio discursivo de suas opiniões acerca da constituição do que mais desejam: se o mercado capitalista, de forma encoberta ou expressa, com efeito, é excetuado da competência legal do povo representado no parlamento, o que se tem em princípio é que a conformação institucional dos âmbitos de relações pessoais e do agir econômico deve corresponder aos procedimentos, assegurados pelo Estado de direito, da formação da vontade democrática (HONNETH, 2015, p.484-485).

A imprensa, se livre das anomalias decorrentes da massificação comercial, nesse contexto, exerce a função de esclarecimento elucidativo acerca “do surgimento, das causas e do espectro de interpretação dos problemas sociais”, possibilitando a formação genuína da opinião e da vontade, além de servir de ambiente de comunicação abrangente, vinculado à procura dos leitores, e por isso não é fisicamente limitado a divisões de classes ou grupos, mas amplamente acessível, fazendo emergir, pelo conteúdo material que veicula, o intercâmbio de opiniões dos diferentes grupos (HONNETH, 2015, p. 555-556).

Em paralelo, os grupos organizados, como a Frente Negra e o TEN, exerciam a função de expor as diferenças naquele contexto social, ou seja, demonstrar que as formações de vontade

conservadoras não são mais suficientemente efetivas para abranger toda realidade social (HONNETH, 2015, p. 582). Eram verdadeiras instituições sociais, em que as práticas harmonizadas e consolidadas faziam com que os sujeitos compartilhados se reconhecessem reciprocamente “como outros de si mesmos”, em cuja forma de reconhecimento possibilitava aos indivíduos “implementar e realizar seus fins obtidos reflexivamente”, ou seja, exercer sua liberdade social (HONNETH, 2015, p. 87).

Por meio de manifestações subversivas, esses grupos destacavam a importância da problematização da diferença, a qual constitui etapa fundamental para o desenvolvimento a terceira e última esfera de reconhecimento, a da autoestima, a qual torna o indivíduo um membro ativo na tomada de decisões através de seus usos e costumes solidariamente aceitos. Com a autoestima, as diferenças, que antes eram marcas das relações de rebaixamento, e conseqüentemente originavam a luta, passa a ser, agora, vistas como elementos integrantes da sociedade, a qual, de forma generalizada, defenderá aquelas características como próprias.

E as manifestações organizadas, os protestos ativos e as resistências perpetradas pelos grupos organizados, voltadas a exposição das circunstâncias de rebaixamento e vexação, foram responsáveis por várias denúncias às situações de racismo, especialmente as reiteradas proibições de acesso de negros em determinados locais, comumente omitidas pela grande imprensa da época. A amplitude desses atos de protesto foi ecoada por uma comunidade simpática à causa cada vez mais crescente, a ponto de não mais poder ser contida (NASCIMENTO, 2003, p. 259).

Apesar desse crescente revoltoso, considerou-se o estopim para criação da lei Afonso Arinos a discriminação sofrida pela artista norte-americana em hotel de São Paulo, que recebeu a atenção dada pela elite brasileira exatamente por causa da posição social ocupada pela vítima, a de artista norte-americana. O fato foi encampado pelo Deputado Afonso Arinos, que se valeu de um manifesto originalmente publicado cinco anos antes pela Convenção Nacional do Negro, mas sem atribuir-lhe o crédito, para criar o texto que se tornaria a lei (NASCIMENTO, 2003, p. 259).

Ainda conforme levantamento de Elisa Nascimento, as posições costumeiramente adotadas por Afonso Arinos eram contrárias ao movimento antirracismo, e contrárias a criação de instituições sociais de negros, ou de qualquer aglomeração de negros voltadas à reivindicação

de direitos, fatos que classificava como racismo negro, ou racismo às avessas (NASCIMENTO, 2003, p. 260). O Deputado, então, paradoxalmente, criminalizava moralmente as aglomerações de negros, mas valeu-se diretamente de um manifesto de instituição social negra para criar a lei que levava seu nome.

Segundo Elisa Nascimento, a estratégia da elite econômica e política brasileira do século XX reproduzia as ações dos abolicionistas brancos do século XIX, agora personificada em Afonso Arinos; a ideia era tão somente “escamotear o protagonismo afro-brasileiro: atribuem-se suas conquistas a líderes brancos da sociedade dominante, num hábito que chamaria de ‘síndrome de Princesa Isabel’”. Com isso, nega-se o orgulho do negro pela conquista, nega-lhe a vitória e, conseqüentemente, a centelha que manteria o movimento unido (NASCIMENTO, 2003, p. 260). Talvez essa origem maquiada, resultado de uma reação, e não de uma conquista efetiva, tenha dado o tom da ineficácia da lei nos anos de sua vigência.

A lei possuiu natureza criminal (BRASIL, 2017a), e tipificou como “contravenção penal”, punível com “prisão” e multas, práticas especificamente descritas no texto, motivadas por “preconceito de raça ou de cor”. Dentre as práticas tipificadas, têm-se recusa, por estabelecimento comercial ou de ensino, de atender, hospedar, dar emprego, matricular estudantes, dar acesso a áreas públicas, apenas para citar algumas. Eram situações especificamente detalhadas, muito embora em nenhum momento a lei traga qualquer elemento definidor do que seria *raça* ou *cor*. Além das multas, a pena máxima de prisão prevista na lei era de um ano.

Apesar do inegável avanço em termos de reconhecimento do racismo, e do nascimento de uma norma que trazia os nomes *raça* e *cor* (apesar da impropriedade sociológica do termo *cor*, como já tratado acima), em termos práticos a Lei Afonso Arinos não simbolizou resultados relevantes, especialmente porque, durante toda sua vigência, até a década de 1980, ninguém fora preso com base em seus tipos penais (CRIADA A LEI AFONSO ARINOS, 2013).

A Constituição de 1988 (BRASIL, 2016), resultado de uma reabertura política aliada a fortes movimentos sociais, trouxe a temática em pontos fundamentais: o artigo 3º traz a promoção do “bem de todos” sem preconceito “de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, o artigo 7º inciso XXX proíbe a diferenciação, no âmbito dos

contratos de trabalho, “por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” e tais dispositivos, em leitura sistemática, fortalecem a valorização constitucional à igualdade do *caput* do artigo 5º. Mas, conforme expõe Alencastro (2017, p. 107), no período da constituinte pouco ou nada se falou em políticas afirmativas ou quaisquer medidas efetivas favoráveis a igualdade para grupos minoritários, como os negros.

O próximo avanço na legislação ordinária veio em 1989, com a Lei 7.716 (BRASIL, 2017b), também de natureza penal, que ampliou as hipóteses de rebaixamento para “crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.” Os tipos penais também foram ampliados, incluindo-se também os casos de desrespeito praticado por funcionário público no exercício de sua função, bem como os atos de incitação ou indução a “discriminação ou preconceito”. A pena máxima, nessa lei, passou a ser de cinco anos de reclusão, podendo ainda ser agravada em 1/3, em um tipo penal, caso a vítima fosse menor de dezoito anos.

No entanto, um tratamento da questão de forma mais complexa, pelo Legislativo, veio apenas em 2010, com o Estatuto da Igualdade Racial, Lei 12.288 (BRASIL, 2017c), que instituiu o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir), regulamentado pelo Decreto nº 8.136 de 2013 (BRASIL, 2017d). O objeto da lei, em seu artigo 1º, é “garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”.

Em termos normativos, pela primeira vez se teve uma legislação que almejou trazer definições sobre termos como “desigualdade racial”, “discriminação racial ou étnico-racial” e “população negra”, mas, ainda conta com um necessário estudo sociológico para que tais definições sejam complementadas. Isso porque, a título de exemplo nas definições de “discriminação racial ou étnico-racial” e “desigualdade racial”, respectivamente os incisos I e II do parágrafo único do artigo 1º trazem como *definiens*:

I - toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada (BRASIL, 2017c).

E:

II - toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica (BRASIL, 2017c).

Apesar de se valer do termo “raça” em ambos *definiens*, a norma não traz seu próprio conceito de *raça*, correndo o risco de atrair importantes imprecisões conceituais acerca dos sujeitos diretamente afetados pela norma. Nas palavras de Guibourg, Guigliani e Guarinoni (1985, p. 53-54), o conhecimento prévio de todos os significados das palavras que integram o *definiens* é indispensável para a eficácia da definição.

O problema se mostra na medida em que, como visto acima, nas ciências sociais não há consenso sobre a definição de *raça* ou *cor* (este normalmente visto como impróprio se isoladamente tratado, mas próprio se integrante de outros elementos necessários para a construção do conceito de *raça*) e, o que é mais relevante, mesmo dentro das ciências sociais encontram-se posições contrárias à existência de um conceito de *raça* (como, por exemplo, em MAGGIE, 2008).

Outro importante aspecto conceitual trazido pelo artigo 1º da lei, de forma inédita em legislação ordinária federal, foi a definição do que seja “população negra”, cujo *definiens* é o “conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga”.

Esse critério se repetirá na lei de cotas, a Lei nº 12.711 de 2012 (BRASIL, 2017e) cujo artigo 3º direciona as cotas aos “autodeclarados pretos, pardos e indígenas” e “em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”.

Tal critério de “autodefinição”, especialmente se atrelado a um importante direito como o de cotas raciais, traz duas relevantes problematizações. A primeira delas é a abrangência de *pretos* e *pardos*, bem como conceitos análogos, na definição de *negros*, o que, segundo a base doutrinária citada nesta dissertação é um movimento apropriado pelo contexto histórico-social desses indivíduos.

A segunda problematização é a respeito do critério de autodefinição, eleito pelas leis como único método para identificação de quem seja *negro*, e quem é o destinatário do direito às cotas raciais. Um efeito negativo da autodefinição é a possibilidade de fraudes ou equívocos, quando pessoa não negra busca assim afirmar-se para se beneficiar dos direitos especificamente direcionados aos negros.

O mais marcante efeito positivo, ao seu turno, é a realidade da minoração do sentimento de vergonha, uma vez que a fruição do direito de cotas, estabelecido segundo critérios raciais, acarreta na afirmação do negro como integrante de grupo social que conquistou aquele importante direito, que conquistou o autorrespeito pelo direito, e se estabelece como igual da universalização racional de valores. Suas diferenças marcantes deixam de atrair o peso da vergonha para, agora, ser elemento de honra, já que ele está “em sintonia com os valores sociais abstratamente definidos” (HONNETH, 2009, p. 207).

Além dessas questões de ordem semânticas, a Lei 12.288 e o Regulamento 8.136 contêm importantes normas voltadas ao reconhecimento dos negros no Brasil, como determinações específicas de providências que devem ser adotadas pelos entes da federação como, por exemplo: promoção de ações para viabilizar e ampliar o acesso da população negra ao ensino gratuito e às atividades esportivas e de lazer; apoio à iniciativa de entidades que mantenham espaço para promoção social e cultural da população negra; desenvolvimento de campanhas educativas, inclusive nas escolas, para que a solidariedade aos membros da população negra faça parte da cultura de toda a sociedade; e implementação de políticas públicas para o fortalecimento da juventude negra brasileira.

Especificamente quanto às ações afirmativas estabelecidas nas leis de cotas, não há equívoco em afirmar que se trata da medida contemporânea de maior impacto social, e por isso mais polêmica. A sistematização de correntes em sentidos diversos é difundida pelos grupos de defesa e de ataque às cotas, como destaca Antônio Alfredo Guimarães (2009), que explica objetivamente os argumentos de cada corrente.

Inicialmente, ele informa que a posição contrária às políticas afirmativas, de vertente conservadora, tem por princípio a atribuição exclusiva a cada indivíduo a responsabilidade pela posição social que ocupa, “por isso, qualquer interferência estatal nessas matérias é

considerada indevida”. De acordo com tal posição, se algum determinado grupo identificado por uma característica qualquer (raça, etnia, religião ou gênero) está generalizadamente em situação de desvantagem, é porque aquele elemento de ligação, de assentimento ético característico daquele grupo, é o causador desse insucesso (GUIMARÃES, 2009, p. 166).

Uma posição intermediária, que segundo o autor é de cunho “liberal” (GUIMARÃES, 2009, p. 166), é contrária à adoção de uma política de ações afirmativas generalizada, com regras gerais e abstratas. Mas aceitaram intervenções para indivíduos ou grupos identificados, específicos, determinados, que estão em desvantagens em relação à sociedade generalizada. Nessa hipótese, a cota para negros, assim simplesmente colocada, atrairia a anomalia de beneficiar eventuais pessoas negras ricas que, em tese, não são atualmente vítimas das mazelas da escravidão.

A outra posição, favorável às ações afirmativas, “põe em xeque as noções de individualismo e de mérito, assim como a realidade dos valores que estruturam [a posição contrária]”. Por tal corrente, valores individualistas constituem-se como “fachada ideológica para mascarar uma prática sistemática de opressão e exploração de grupos dominados e discriminados”. Nesse grupo favorável, adota-se a possibilidade de políticas generalizáveis a grupos que contenham, em tese, relações de identidade definidas por critérios *a priori*. Tais critérios podem ser definidos segundo compreensões sociológicas e históricas relacionadas a esses grupos (GUIMARÃES, 2009, p. 166).

Nesse sentido posiciona-se, também, Flávia Piovesan (2005, p. 36), ao trazer que a percepção de identidades e das particularidades de cada indivíduo, e de cada grupo, passou a ser elemento necessário à criação e ampliação de direitos, conforme expressamente determinado, por exemplo, na Declaração Universal de 1948. Os direitos humanos devem ser dirigidos especificamente, e dotados de peculiaridades, aos indivíduos a eles destinados. Via de consequência, uma igualdade material será correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades, uma igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios.

Joaquim Barbosa Gomes (2005, p. 56), ao seu turno, acrescenta que as políticas afirmativas criam oportunidades para que o âmbito social passe a ser ambiente apto à criação do que o autor denomina “personalidades emblemáticas”, ou “ícones e modelos de sucesso para os

negros”. Como as ações afirmativas carregam consigo importante componente ético, no sentido de generalizar valores, em uma sociedade que tanto valoriza o “ícone”, a demonstração de exemplos negros é fundamental para o incentivo ao sentimento de orgulho, ou reconhecimento de si como indivíduo dotado de honra, e não mais de vergonha pelo ser negro.

Guimarães destaca que a grande comoção, contrária e favorável às políticas afirmativas está na grande exposição da colisão de dois princípios basilares, ou, na fala dele, “dois valores nucleares” da sociedade liberal ocidental: o igualitarismo e o individualismo (GUIMARÃES, 2009, p. 167), o que difunde o debate público em todo mundo liberal ocidental, uma vez que os grupos que têm vagas reduzidas pelas políticas afirmativas comumente se colocam na situação de vítimas de um direito perdido (GUIMARÃES, 2009, p. 193). Mas, na forma como exposto por Honneth no curso do presente trabalho, a compreensão de uma liberdade social torna a colisão entre igualitarismo e individualismo precária: isso porque o individualismo, em verdade, é uma anomalia das instituições sociais¹⁸, pois retira dos sujeitos a capacidade de articulação e negociação coletivas, como se observa em diversos pontos de sua obra¹⁹.

O igualitarismo, ao seu turno, não se opõe à liberdade social, mas está contido nela, uma vez que o indivíduo se verá verdadeiramente livre quando se deparar com outros sujeitos iguais que lhe proporcionem o alcance de seus objetivos (HONNETH, 2015, p. 34): “a ideia de liberdade individual suscita uma ligação entre as duas grandezas de referência: sua representação do que é bom para o indivíduo contém ao mesmo tempo indicações para a instituição de um ordenamento social legítimo” (HONNETH, 2015, p. 35).

A partir de tal raciocínio, se a liberdade social é o resultado das interações de indivíduos reconhecidos em suas peculiaridades, é correto afirmar que a compreensão de que as sociedades são plurais acarreta no direcionamento dos direitos especificamente a cada grupo, não genericamente a uma sociedade como se fosse uniformizada. E, nesse sentido, as ações afirmativas comparecem como “um claro compromisso do Estado com a conformação de uma sociedade diversificada e plural”, pois não se resumem a simples políticas de redistribuição, como, por exemplo, medidas financeiras compensatórias. Tratam-se do reconhecimento de

¹⁸ No mesmo sentido: KYMLICKA, 2011, p. 15.

¹⁹ Apenas à título de exemplo, em O direito da liberdade (2015), páginas 46, 99, 255, 340, 421, 441 e 476.

que a diversidade cultural “é um elemento valioso para o desenvolvimento e bem-estar da humanidade e em geral, enriquece a sociedade” (VIEIRA JR, 2005, p. 95).

A partir de exemplos empíricos em diversos países do globo, autores demonstram que a liberdade puramente negativa, defendida pelas vertentes conservadoras, pasteuriza, homogeneiza os indivíduos em classes indistintas mediante norma genéricas, ou seja, não considera as particularidades e, por isso, exclui e viola os direitos de minorias (TAYLOR, 1994).

Após a implantação das políticas afirmativas, foram adotadas, ou cogitadas, outras importantes medidas direcionadas à alteração da própria cultura generalizada do país, como inserções da história da África nos currículos escolares, campanhas e eventos públicos que busquem resgatar a cultura e história dos negros, e ainda medidas que visem garantir moradia digna e acesso à terra. Mas, das medidas recentes, como visto, as ações afirmativas pela lei de cotas é a mais impactante.

Por mais que tais medidas normativas atuem de forma coercitiva – e por isso, novamente, o processo não será instituição social de reconhecimento – a reiteração das práticas das ações afirmativas será fundamental para a normalização da igualdade do negro. E nesse ponto, o processo servirá de importante instrumento de luta, e já o foi, como no caso tratado no segundo capítulo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, ajuizada pelo partido “Democratas”, no qual o STF, enquanto manifestação teórica da vontade democrática no âmbito judicial – uma vez que seus Ministros integrantes são indicados pelo Executivo Federal – manifestou-se à unanimidade por ratificar a política de cotas como um imperativo social. Com isso, as relações de desrespeito foram reconhecidas e combatidas pela instituição estatal que serve de última voz da vontade jurídica do país, com importantes efeitos simbólicos que reverberam na constituição de uma eticidade que efetivamente reflita, de forma abrangente, os valores sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No artigo “As camélias do Leblon e a abolição da escravatura”, o historiador Eduardo Silva informa que a historiografia contemporânea cataloga dois tipos quilombos: o primeiro é o “quilombo rompimento”, tradicional, onde os fugitivos se isolavam, na medida do possível, agrupando-se em esconderijos pela tática de “segredos de guerra”, protegendo seus líderes, notáveis guerreiros, de qualquer “forasteiro” (2018, p.1); o segundo tipo era o “quilombo abolicionista”, cuja lógica era de contato direto e intencional com a sociedade, de modo essencial e envolvente, e cujos líderes eram bem conhecidos, com os documentos civis em dia, politicamente articulados e bons intermediadores entre os grupos fugitivos e a sociedade (2018, p.2). Narra o autor:

O Quilombo do Jabaquara, em São Paulo – uma das maiores colônias de fugitivos da história – é um bom exemplo do novo paradigma da resistência. O quilombo organiza-se em torno da “casa de campo de abolicionista” e os quilombolas erguem seus barracos com dinheiro recolhido entre pessoas de bem e comerciantes de Santos. A população local, inclusive as senhoras de bom nome, protege o quilombo das investidas policiais e parece fazer disso um verdadeiro padrão de glória. Quintino de Lacerda, o chefe do quilombo, levou uma vida bastante confortável e morreu rico, deixando extensa lista de bens, móveis e imóveis, para seus herdeiros, incluindo um pequeno tesouro amalhado em jóias de ouro e moedas de prata. Quintino não era um guerreiro no mesmo sentido que o foi Zumbi dos Palmares, o indomável general. Era já uma espécie de administrador, articulador, líder populista, intermediário, enfim, entre o quilombo e a sociedade em torno (EDUARDO SILVA, 2018, p. 2).

Fato semelhante foi observado na região onde hoje é localizado o Leblon, no Rio de Janeiro, onde havia um quilombo organizado pelo português José de Seixas Magalhães, como narra Eduardo Silva:

Além de sua fábrica a vapor, o Seixas possuía uma chácara no Leblon, onde cultivava flores com o auxílio de escravos fugidos. Seixas ajudava os fugitivos e os escondia na chácara do Leblon com a cumplicidade dos principais abolicionistas da capital do Império, muitos deles membros proeminentes da Confederação Abolicionista. A chácara de flores, a floricultura do Seixas, era conhecida mais ou menos abertamente como o “quilombo Leblond”, ou “quilombo Le Bloon”, então um remoto e ortograficamente ainda incerto subúrbio à beira-mar. Era, digamos, um quilombo simbólico, feito para produzir objetos simbólicos. Era lá, exatamente, que o Seixas cultivava as suas famosas camélias, o símbolo por excelência do movimento abolicionista (EDUARDO SILVA, 2018, p. 2).

Tal como Quintinho de Lacerda, Seixas era muito bem articulado ao contexto social onde residia, uma vez que mantinha boas relações com os grupos abolicionistas do Rio e com a própria família imperial, por fornecer regularmente Camélias ao Palácio das Laranjeiras,

residência da Princesa Isabel. Especificamente o quilombo do Leblon era bem conhecido no Rio de Janeiro, Seixas e os abolicionistas faziam questão disso, a ponto de promover difundidas festas na localidade. Tratava-se de um escândalo público permanente, pois se mantinha como instrumento simbólico abolicionista à revelia da polícia, a qual, ao seu turno, quando tentou perpetrar ação repressora no local, foi impedida por ordem direta da própria Princesa Isabel, com aval do Imperador (EDUARDO SILVA, 2018, p. 5).

Por meio de um paralelo entre os tipos de quilombo tratados no artigo, compreende-se que o do tipo “rompimento” teve sua importância revolucionária, com os objetivos diretos de fuga, articulação interna entre os fugidos, esconderijo e, caso necessário, enfrentamento físico. Palmares foi o exemplo mais notável e conhecido até a atualidade. Mas, via de regra, esse tipo de quilombo colocava-se à margem geográfica do contexto social, muitas vezes inacessível até pelos indivíduos de ideal abolicionista, tornando-o alvo mais propício às investidas violentas de autoridades. Nesse paralelo, o autor enxerga maior êxito na subversão do “quilombo abolicionista”, pois estava intrínseco e bem relacionado com importantes camadas sociais, influenciando diretamente nos rumos da comunidade onde se localizava e, no caso de Leblon, envolvendo solidariamente indivíduos dotados de relevante autoridade formal, como a Princesa Isabel, a qual, inclusive, segundo o autor, recebeu um buquê de Camélias de presente, oriundas do quilombo, quando da assinatura da lei áurea (EDUARDO SILVA, 2018).

A partir destas características, o “quilombo abolicionista” reúne características marcantes de uma instituição potente à realidade de uma liberdade social, uma vez que seus membros internos eram mutuamente reconhecidos, dotados, naquele contexto, do assentimento solidário necessário para que o indivíduo se veja membro importante nas tomadas de decisão e condução dos caminhos éticos norteadores do grupo. Ao mesmo tempo, os quilombos eram socialmente articulados, servindo de base para que seus membros pudessem extrapolar suas fronteiras imateriais para generalizar seus valores à comunidade ampliada de indivíduos.

Outro ponto de análise, oriunda deste último exemplo, é que ele ilustra a maior eficácia, na conquista de reconhecimento dos negros, no curso da história, quando se adotava a via negocial para imprimir no contexto social usos e costumes que, com o tempo, romperam a normalidade do desrespeito. A doutrina em história pesquisada nesta dissertação é uníssona ao afirmar o maior êxito quando eram adotadas as estratégias negociais, seja porque a sociedade

escravista passava a sentir sua dependência direta da mão-de-obra escrava, seja porque os êxitos negociados incitavam outros negros a lançarem mão de costumes agora adotados. Nesse instante, os exemplos de revolta passaram a ser quase que elementos tácitos de barganha, uma vez que se conheciam os atos de reunião e resistência dos negros quando direcionados a locais de trabalho que ofereciam condições mais precárias, ou correções violentas mais veementes, por exemplo.

Foi por meio dos usos e costumes que os negros, articulados com seus curadores, que lhes serviam de advogados, bem como influenciando moralmente membros do judiciário – como os próprios juízes – passaram a utilizar do processo como uma etapa mais avançada de conquista de autorrespeito. A difusão de peticionamentos, valendo-se de interpretações e construções hermenêuticas forçou o judiciário ao constrangimento de justificar a escravidão, ou, como no caso dos juízes abolicionistas, criarem precedentes – mesmo que não vinculantes – para declarar a liberdade, a alforria, ou a emancipação. Esses exemplos bem-sucedidos pelo judiciário incitou o crescimento das demandas judiciais, criando uma espiral ascendente de reconhecimento, pois, para tentar frear as investidas subversivas, as instituições conservadoras criavam normas paliativas, mas cujo efeito era inverso às pretensões, uma vez que as novas normas passavam a basear novas construções hermenêuticas para ampliação de direitos.

A história, principalmente do século XIX, demonstrou que o processo foi, sim, instrumento de uma jurisdição contramajoritária, mas apenas porque utilizado ostensivamente, a partir de embriões do que são hoje os precedentes, em diversas demandas individuais que não puderam passar despercebidas pelo sistema judicial, o qual fora verdadeiramente envolvido, e chamado sistemática e reiteradamente ao dever moral de explicar o inexplicável, de sustentar, por exemplo, que um mesmo indivíduo era pessoa humana – para fins penais – ao mesmo tempo que se limitava a mero semovente – para fins da vida civil. Com a escalada, dialética, do reconhecimento a partir das investidas dos grupos abolicionistas e das reações das instituições conservadoras, o sustentáculo moral da escravidão perdeu espaço para um novo padrão de eticidade.

Os negros e abolicionistas foram, ao seu tempo, hábeis ao utilizar esse processo como instrumento de interpretações, de valorização de princípios constitucionais sobre a letra da compreensão semântica padrão de regras infraconstitucionais. Não é equivocado dizer, nesse

contexto, que se observava, ali, desses exemplos catalogados da história, embriões do que hoje a doutrina sistematiza como formalismo-valorativo.

Nesse contexto, é correto dizer que o processo foi, sim, instrumento de uma jurisdição contramajoritária. Mas não é correto dizer que ele sempre o será, uma vez que os sujeitos do processo – partes, juízes, peritos, escrivães etc. – são os verdadeiros construtores do agir processual, e possuem, cada um, regras morais que conflitam com as regras dos outros; daí se dizer que o processo é o resultado desse agir processual dos vários sujeitos, tentando fazer valer suas visões pessoais do que é a norma jurídica. Logo, a depender das configurações subjetivas de dado processo, ele poderá – como nos exemplos de Fortunata e Delfino – ratificar a posição majoritária.

O processo jurisdicional será, então, um instrumento da luta por reconhecimento, um mecanismo que serve de ambiente à dialética, à expressão da linguagem. Mas não se pode atribuir a ele as características próprias de uma instituição de liberdade social, por duas razões elementares: primeiramente, o resultado final, com um julgamento de mérito, ou até em casos de acordo, não provocará nos sujeitos do processo o elo de ver a si mesmo no outro, ou seja, não será potente a provocar, no agente do ato de rebaixamento, o assentimento solidário pretendido pelo rebaixado em luta pelo processo; e segundo, porque o processo é ambiente cujo resultado final é a coerção, aqui entendida como a pena de invasão no patrimônio ou na pessoa do perdedor para obrigá-lo a respeitar o vencedor, isso mesmo nos casos de acordo, sempre ancorados na potencialidade da sanção.

Corroborar-se, assim, que a potencialidade do uso do processo jurisdicional acaba em uma patologia social²⁰, sistematizada por Honneth, a qual impossibilita a plena utilização do processo na conquista por liberdade. Para o autor, depositar esforços em uma liberdade pelo direito pode diluir as capacidades de autonomia do indivíduo, na medida em que ele sempre precisará de um mediador estranho para resolver os problemas pessoais, e suas condutas passarão a ser medidas pela quantidade de direitos que acredita possuir (HONNETH, 2015, p. 160-161).

²⁰ “No contexto da teoria social, podemos falar em ‘patologia social’ sempre que a relacionarmos com desenvolvimentos sociais que levem a uma notável deterioração das capacidades racionais de membros da sociedade ao participar da cooperação social de maneira competente” (HONNETH, 2015, p. 157).

E a história demonstra que os negros perceberam esses problemas de se apostar no processo como instrumento único de conquista de autorrespeito. Tanto que, novamente, adotaram predominantemente caminhos negociais, de envolvimento social, ou de constrangimento pelas artes (como feito pelo Teatro Experimental Negro), pela imprensa e, já recentemente, pelas conquistas das leis de cotas em políticas afirmativas, havidas predominantemente pelo agir nos espaços democráticos de debate e convencimento. Por isso, as medidas adotadas fora do processo mostram-se mais efetivas, uma vez que mantém fortes, no indivíduo, a capacidade de articulação e imposição dos seus próprios valores como universalizáveis.

Finalmente, compreende-se que um assentimento solidário generalizado ainda está longe de se firmar, e a própria necessidade de observarmos os problemas da questão negra trazidos na introdução deste trabalho demonstram que, das esferas do reconhecimento, ainda há lacunas não realizadas na segunda, a do autorrespeito, o que se explica pelos levantes reiterados contrários, por exemplo, à lei de cotas raciais, justificadas na suposta instigação de um racismo às avessas. No entanto, considerando-se que essa história de luta se iniciou em um contexto de privações físicas e psicológicas, de investidas para reificação do negro, de normalização de ofensas à autoconfiança – enquanto camada mais basilar da individualidade – torna-se até possível antever a continuidade do espiral ascendente por reconhecimento.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. Como reparar a escravidão. **Veja**, São Paulo, ano 50, n. 47, 22 nov. 2017, p. 106-107.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. **O trato dos viventes: formação do Brasil no Atlântico sul**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, ano 31, v. 137, São Paulo: RT, p. 7-31, jul. 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3ªed. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra Política, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20 jan. 2016.

BRASIL, **Decreto nº 8.136, de 5 de novembro de 2013**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8136.htm>. Acesso em 15 jul. 2017d.

BRASIL, **Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951**: lei Afonso Arinos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1390.htm>. Acesso em 15 jul. 2017a.

BRASIL, **Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871**: lei do ventre livre. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2040.htm>. Acesso em 02 mar. 2018.

BRASIL, **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em 15 jul. 2017b.

BRASIL, **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em 15 jul. 2017c.

BRASIL, **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em 15 jul. 2017e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186**. Democratas e Reitor da Universidade de Brasília. Relator: Ricardo Lewandowski. 26 abr. 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A Função Social do Processo. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, v. 9, n.2, Brasília – DF, p. 47-59, abr./jun.1997.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro, 2011.

CAMPOS, Adriana Pereira. **Escravidão e liberdade nas barras dos tribunais**. Disponível em <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao09/materia03/texto03.pdf>>. Acesso em 03 jan. 2018.

CAMPOS, Adriana Pereira. **Escravidão, reprodução endógena e crioulização**: o caso do Espírito Santo no Oitocentos. Topoi: revista de história. V. 12, p. 84-96, 2011. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/topoi/v12n23/1518-3319-topoi-12-23-00084.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2017.

CAMPOS, Adriana Pereira; MOTTA, Kátia Sausen da. A liberdade nas petições do brasilimpério: o caso do liberto Delfino. In: 7º Encontro escravidão e liberdade no Brasil Meridional, 2015, Curitiba – PR. **Anais do 7º Encontro escravidão e liberdade no Brasil Meridional**. Curitiba: Biblioteca de Ciências Humanas – UFPR, 2015.

CAMPOS, Adriana Pereira. **Nas barras dos tribunais**: Direito e escravidão no Espírito Santo do século XIX. 2003. 278 p. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

CHALHOUB, Sidney. Precariedade estrutural: o problema da liberdade no Brasil escravista (século XIX). **História Social**, n. 19, p. 33-62, 2010.

CHALHOUB, Sidney. **Visões da liberdade**: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

COELHO, Carolina Marra Simões. Faces do pensamento racial no Brasil. In: NADER, Maria Beatriz (Org.). **Gênero e racismo**: múltiplos olhares. Vitória: EDUFES, 2014.

COURA, Alexandre de Castro. A (re)interpretação da tarefa de interpretar o Direito a partir da reviravolta linguístico-paradigmática da filosofia contemporânea. **Depoimentos**. Vitória, n. 13, p. 9-20, jan./jun. 2008.

CRIADA A LEI AFONSO ARINOS: a primeira norma contra o racismo no Brasil. **O Globo**. 21 out. 2013. Disponível em <<http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/criada-lei-afonso-arinos-primeira-norma-contra-racismo-no-brasil-10477391>> Acesso em 15 jul. 2017.

CRISSIUMA, Ricardo. Trocando o velho pelo novo: Honneth leitor de Hegel. In: MELO, Rurion. (Coord.) **A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça**. São Paulo. Saraiva, 2013. Versão do aplicativo LEV Saraiva.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. V.1. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Saulo. Não existe racismo no Brasil. **Pragmatismo político**. 06 mai. 2015. Disponível em < <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/05/nao-existe-racismo-no-brasil.html>>. Acesso em 22 jan. 2016.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro à sociedade de classes**. São Paulo: FFCL/USP, 1964.

FERNANDES, Florestan. **Significado do protesto negro**. São Paulo: Cortez, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. Alexander Araújo de Souza, Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Jr. e Leonardo Menin. São Paulo: RT, 2015, p. 17-22. No original: FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*. Roma/Bari: Laterza, 2013.

FLORENTINO, Manolo; GÓES, José Roberto. **A paz das senzalas: famílias, escravos e tráfico atlântico**. Rio de Janeiro: Editora civilização brasileira, 1997a.

FLORENTINO, Manolo. **Em costas negras: uma história uma história do tráfico de escravos entre a África e o Rio de Janeiro (séculos XVIII e XIX)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997b.

FLORENTINO, Manolo. Tráfico atlântico, mercado colonial e famílias escravas no Rio de Janeiro. **História: questões e debates**, Curitiba: Editora UFPR, n.51, p. 69-119, 2009.

FLORENTINO, Manolo. **O arcaísmo como projeto**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? A political – philosophical exchange**. London/New York: Verso, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução Flávio Paulo Meurer. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.) **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: EUDEBA, 1985.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e antirracismo no Brasil**. 3.ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. Tradução de Emilio M. Franco. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 151-186.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Tradução Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996.

HABERMAS, Jürgen. Facticidade e validade: reflexões de um autor. **Denver University Law Review**, v. 76, n. 4, 1999.

HERSHKOFF, Helen. **Public interest litigation**: selected issues and examples. Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/PublicInterestLitigation%5B1%5D.pdf>. Acesso em 01 mar. 2017.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HONNETH, Axel. **O eu no nós**: reconhecimento como força motriz de grupos. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 15, nº 33, mai./ago. 2013, p. 56-80.

KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: o que é o Esclarecimento?** [1783]. Tradução de ROUANET, Luiz Paulo. Disponível em <https://bioetica.catedraunesco.unb.br/wp-content/uploads/2016/04/Immanuel-Kant.-O-que-%C3%A9-esclarecimento.pdf>. Acesso em 01 dez. 2017.

KYMLICKA, Will. **Can Liberal Pluralism be exported**: Western political theory and ethnic in Eastern Europe. Oxford, Nova Iorque: Oxford University Press, 2001.

KYMLICKA, Will. **Direitos humanos e justiça etnocultural**. Revista Meritum, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, jul./dez. 2011, p. 13-55.

MADUREIRA, Claudio. **Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo**. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS, Vol. X, nº 3, p. 253-283, 2015.

MAGGIE, Yvonne. For equality/ Pela igualdade. **Revista Estudo Feministas**. v. 16, n. 3, 2008. Disponível em go.galegroup.com/ps/i.do?p=AONE&sw=w&u=capes&v=2.1&id=GALE%7CA213032537&it=r&asid=a010e446db92c626666458d1d7d92d24. Acesso em 15 Jul. 2017.

MAMIGONIAN, Beatriz Gallotti. **Africanos livres: a abolição do tráfico de escravos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras; 2017 [edição do aplicativo Kindle]

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: v. 1: teoria geral do processo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARQUESE, Rafael de Bivar. Paternalismo e governo dos escravos nas sociedades escravistas oitocentistas: Brasil, Cuba e Estados Unidos. In: FLORENTINO, Manolo; MACHADO, Cacilda. (Org.). **Ensaio sobre a escravidão**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 121-141.

MAZZEI, Rodrigo. **Breve história (ou 'estória') do direito processual civil brasileiro**: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo civil de 1973. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 16, p. 177-203, 2014.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3.ed. São Paulo: RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo argumentativo constitucional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

MOURA, Clóvis. **Brasil: as raízes do protesto negro**. São Paulo: Global, 1983.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad. 2001.

MUNANGA, Kabengele. **Negritude: usos e sentidos**. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, Edição de Kindle.

MUNANGA, Kabengele. Preconceito de cor: diversas formas, um mesmo objetivo. Estados Unidos, África e Brasil. **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 145-154, dec. 1978. ISSN 1678-9857. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/131553>>. Acesso em 15 jul. 2017.

NASCIMENTO, Elisa Larkin. **O sortilégio da cor: identidade, raça e gênero no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC: Código de Processo Civil. Inovações, alterações, supressões comentadas**. 2.ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. n. 101. P. 61-96, jul./dez. 2010.

OLIVEIRA, Dijaci David de; LIMA, Ricardo Barbosa de; SANTOS, Sales Augusto dos. A cor do medo: medo da cor. In: OLIVEIRA, Dijaci David de. Et al (Org.). **A cor do medo**. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 37-60.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.) **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

RUFFATO, Luiz. O Brasil hipócrita: a questão do racismo. **El país**. 16 set. 2014. Disponível em <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/16/opinion/1410894019_400615.html>. Acesso em 23 jan. 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. A contrarrevolução jurídica. **Folha de São Paulo**: Opinião. 04 dez. 2009. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0412200909.htm>>. Acesso em 20 fev. 2017.

SILVA, Eduardo. As camélias do Leblon e a abolição da escravatura. **Fundação Casa de Rui Barbosa**. Disponível em <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ozFCRB_EduardoSilva_Camelias_Leblon_abolicao_escravatura.pdf>. Acesso em 04 jan. 2018.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio Luiz et al. **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição**. Consultor Jurídico. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em 20. Abr. 2016.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalism**. Edição de Kindle Princeton: Princeton University Press, 1994.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VIEIRA JR, Ronaldo Jorge A.. Rumo ao multiculturalismo: a adoção compulsória de ações afirmativas pelo Estado brasileiro como reparação dos danos atuais sofridos pela população negra. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.) **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema no Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VINCENZI, Brunela Vieira de. É digno ser humano? Ou És digno, ser humano? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 82, 2013. p. 75-82.

VINCENZI, Brunela Vieira de. Guinada Semântica: Indivíduo, Pessoa, Individualização e Sujeito de Direitos Fundamentais. In: CARLINI, Angélica Lucía; NALINI, José Renato. (Org.). **Formação Jurídica e Direitos Humanos**. 1.ed. 2009. p. 99-116.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Coord). **Polêmica sobre ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.