

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO NOTURNO

Hélio Augusto Gomes dos Santos Junior

Segurança Pública e o dever do Estado de indenizar as vítimas de *racial bias*:
Delimitação do dever jurídico à partir do controle de constitucionalidade e de
convencionalidade

Florianópolis

2021

Hélio Augusto Gomes dos Santos Junior

Segurança Pública e o dever do Estado de indenizar as vítimas de *racial bias*:

Delimitação do dever jurídico à partir do controle de constitucionalidade e de convencionalidade

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de graduação de Direito (noturno) da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Grazielly Alessandra Baggenstoss

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Santos Junior, Hélio Augusto Gomes dos

Segurança Pública e o dever do Estado de indenizar as vítimas de racial bias :
Delimitação do dever jurídico à partir do controle de constitucionalidade e de
convencionalidade / Hélio Augusto Gomes dos Santos Junior ; orientadora, Grazielly
Alessandra Baggenstoss, 2021. 129 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Responsabilidade Civil do Estado. 3. Racismo institucional. 4.
Segurança Pública. I. Baggenstoss, Grazielly Alessandra . II. Universidade Federal de
Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Hélio Augusto Gomes dos Santos Junior
RG: MG-17.894.059
CPF: 123.751.266-29
Matrícula: 19200039
Título do TCC: “Segurança Pública e o dever do Estado de indenizar as vítimas de *racial bias*: Delimitação do dever jurídico à partir do controle de constitucionalidade e de convencionalidade”
Orientador(a): Grazielly Alessandra Baggenstoss

Eu, Hélio Augusto Gomes dos Santos Junior , acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 24 de setembro de 2021.



Documento assinado digitalmente
Helio Augusto Gomes dos Santos
Data: 24/09/2021 17:30:22-0300
CPF: 123.751.266-29
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Hélio Augusto Gomes dos Santos Junior

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Segurança Pública e o dever do Estado de indenizar as vítimas de racial bias: Delimitação do dever jurídico à partir do controle de constitucionalidade e de convencionalidade”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Hélio Augusto Gomes dos Santos Junior, defendido em 24/09/2021 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 24 de setembro de 2021



Documento assinado digitalmente
Grazielly Alessandra Baggenstoss
Data: 24/09/2021 17:52:18-0300
CPF: 047.906.199-82
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Grazielly Alessandra Baggenstoss
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente
Barbara KlopPASS Locks de Godoi
Data: 24/09/2021 19:15:34-0300
CPF: 080.558.879-50
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Bárbara KlopPASS Locks de Godoi
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente
EDMO CIDADE DE JESUS
Data: 24/09/2021 18:18:17-0300
CPF: 059.791.269-61
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Edmo Cidade de Jesus
Membro de Banca

Este trabalho é dedicado aos meus queridos pais e irmãos.

AGRADECIMENTOS

Certamente essa é a etapa em que mais facilmente eu poderei incorrer em alguma grave injustiça, pois foram tantas as pessoas fundamentais na minha trajetória acadêmica, que nominá-las todas seria impossível. Como não poderia deixar de fazê-lo, preciso agradecer aos meus pais, que sempre me deram todo o suporte e incentivo para que eu estudasse e buscasse realizar meus sonhos. Pois bem, me graduar por essa universidade era um deles e espero que esse trabalho os orgulhe. No âmbito familiar preciso agradecer ainda aos meus irmãos – Leonardo, por ser meu parceiro na aventureira mudança de estado, e Miguel, por ser minha pequenina fonte de alegria e carinho (ao seu modo ainda bruto) –, aos meus avós, meus tios – em especial ao meu Tio Marcelo, por ser uma inspiração na busca por construir um mundo mais justo –, bem como aos meus demais familiares, que de alguma forma me ajudaram e incentivaram na minha trajetória.

Não listarei meus amigos somente para não cometer injustiça com ninguém, pois, por sorte, fui presenteado pelo destino com grandes amigos tanto em Uberlândia, quanto aqui em Florianópolis – agradeço-os imensamente pelos aprendizados, pelo carinho e companheirismo, e, principalmente, por me aguentarem querendo falar de filosofia, direito e injustiças sociais depois de algumas cervejas. Espero em breve poder reencontrá-los, abraçá-los e colocar a conversa em dia.

Meus agradecimentos certamente estariam anos-luz de qualquer fração de justiça caso deixasse de mencionar o pessoal do escritório, que foram fundamentais na minha adaptação à Florianópolis e na minha formação humana e profissional, aos quais cumprimento especialmente nas pessoas do Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, um grande tutor e mestre intelectual com quem tive a honra de muito aprender, e do Felipe, que além de ser uma grande influência na minha formação, é um caro amigo a quem tenho muito a agradecer. Sou muito grato ainda aos professores que tive ao longo da vida, que tanto me ensinaram, especialmente a minha orientadora – que é para mim, desde que cheguei a UFSC, uma inspiração acadêmica e pessoal.

Por fim, mas certamente não menos importante, minha queridíssima Alana não poderia ficar sem receber os devidos agradecimentos – muito obrigado por tornar esse período tão complicado, com pandemia e a correria de fim de graduação, bem mais agradável, obrigado pelas revisões, pelas dicas e pelos incentivos para comprar lanches e me auto presentear.

A apreensão dogmática do Direito [...] impede o questionamento das situações que culminam com fatos tipificados pelo Direito. E, estas ações legitimadas e cobertas com a legalidade, no interesse do Direito e da Justiça, subrepticamente formam e intensificam a apreensão do estereótipo racista do negro como elemento diferenciado e inadequado para o convívio social. (BERTULIO, 1989)

RESUMO

O trabalho se propõe a verificar, especialmente a partir da Constituição Federal e de Tratados e Convenções Internacionais, se há dever específico de o Estado combater o impacto desproporcional das políticas de segurança pública sobre parcela da população em razão da raça e se, por consequência, da violação desse dever decorre dever de indenizar às vítimas. Para tanto, utiliza-se revisão bibliográfica narrativa, método fenomenológico-hermenêutico, de abordagem qualitativa e caráter descritivo-explicativo. Partiu-se da hipótese de que haveria o dever do Estado de combater o enviesamento racial das políticas de segurança pública e de que a inobservância desse ensejaria a responsabilidade civil do Estado. A pesquisa se estruturou em três momentos, onde primeiramente se buscou ressaltar os aspectos ocultados pela epistemologia jurídica ortodoxa e pela narrativa histórico-cultural dominante, com vistas a construir as bases epistêmicas para uma hermenêutica alternativa, posteriormente se realizou uma revisão doutrinária da responsabilidade civil do Estado, e, por fim, evidenciou-se o cenário do impacto desproporcional das políticas de segurança pública na vida das pessoas negras, as bases normativas que fundamentariam o dever do Estado de combater essa realidade e, caso se concluísse pela possibilidade de responsabilização do Poder Público, quais seriam os contornos dessa responsabilidade. Conclui-se que a eminente vigência da Convenção Interamericana Contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância reforça e torna mais evidente tanto o dever do Estado de combater ao cenário delineado, quanto a responsabilidade civil decorrente da inobservância desse dever, em que pese as limitações paradigmáticas da doutrina para comportar essa responsabilização.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Racismo institucional. Segurança Pública.

ABSTRACT

The research aims to verify, especially based on the Federal Constitution and International Treaties and Conventions, if there is a specific duty for the State to combat the disproportionate impact of public security policies on a portion of the population due to race, and if, as a consequence of the violation of this duty, arises a duty to indemnify the victims. To accomplish its objectives, a narrative bibliographic review, a phenomenological-hermeneutic method, with a qualitative approach and descriptive-explanatory character is used in the study. It started from the hypothesis that the State had a duty to combat the racial bias of public security policies and that the failure to comply with this would give rise to the State's civil responsibility. The research was structured in three moments, where first we sought to highlight the aspects hidden by the orthodox legal epistemology and the dominant historical-cultural narrative, with the purpose of building the epistemic bases for an alternative hermeneutics, later a doctrinal review of the civil liability of the State, and, finally, the scenario of the disproportionate impact of public security policies on the lives of black population was evidenced, the normative bases that would support the State's duty to combat this reality and, if it were concluded by the possibility of accountability of the Power Public, what would be the contours of this responsibility. It is concluded that the imminent validity of the Inter-American Convention against Racism, Racial Discrimination and Related Forms of Intolerance reinforces and makes more evident both the State's duty to combat the outlined scenario, as well as the civil liability arising from the failure to comply with this duty, despite the paradigmatic limitations of the doctrine to bear this responsibility.

Keywords: Civil Liability of the State. Institutional racism. Public security.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CFRAL Código de Conduta das Nações Unidas para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei

CIDH Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Corte IDH Corte Interamericana de Direitos Humanos

CPC Código de Processo Civil

ONU Organização das Nações Unidas

PBUFAF Princípios básicos sobre utilização da força e de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da Lei

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	NOS FALTAM NORMAS? DO IMPACTO DESPROPRORCIONAL DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NA POPULAÇÃO NEGRA À HERMENÊUTICA DO OPRIMIDO	19
2.1	BREVE PANORAMA DO DIREITO NO CONTEXTO SÓCIO-HISTÓRICO BRASILEIRO: ESCRAVIDÃO, BRANQUEAMENTO, POPULAÇÃO NEGRA, RAÇA E RACISMO À BRASILEIRA	21
2.2	ENTRE A “LETRA DA LEI” E A NORMA: EXPONDO E DESTRONANDO O SUJEITO E INTÉRPRETE UNIVERSAL	30
2.3	O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO, SEUS CONCEITOS ESSENCIAIS E O CONCEITO DE RACISMO	37
2.3.1	O Conceito Jurídico de Discriminação	39
2.3.2	Modalidades de discriminação e distinção entre essas e racismo.....	41
2.3.3	Critérios de Proteção especial e Critérios Proibidos de Discriminação	46
2.3.4	Antidiferenciação (ou antidiscriminação) e antissubordinação.....	48
2.4	DO IMPACTO DESPROPORCIONAL À HERMENÊUTICA DO OPRIMIDO	49
3	FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	52
3.1	BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO PAÍS	52
3.1.1	A irresponsabilidade estatal.....	54
3.1.2	Da teoria civilista de responsabilização do Estado a teoria subjetiva publicista	56
<i>3.1.2.1</i>	<i>Atos de gestão e atos de império:</i>	<i>57</i>
<i>3.1.2.2</i>	<i>Teoria do órgão:.....</i>	<i>58</i>
<i>3.1.2.3</i>	<i>Culpa anônima:</i>	<i>59</i>
3.1.3	Responsabilidade objetiva do Estado	60

3.2	PANORAMA ATUAL DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO NO PAÍS	62
3.2.1	Pressupostos da Responsabilidade Civil	65
3.2.1.1	<i>Dano indenizável</i>	65
3.2.1.2	<i>Conduta danosa – ação ou omissão</i>	67
3.2.1.2.1	(I)Legalidade, antijuridicidade e as excludentes de ilicitude	70
3.2.1.3	<i>Nexo de causalidade</i>	72
3.2.1.4	<i>Culpa (na responsabilidade subjetiva)</i>	76
4	RESPONSABILIDADE CIVIL E O DEVER DE COMBATER O RACIAL BIAS NA SEGURANÇA PÚBLICA	79
4.1	A REALIDADE DA ATUAÇÃO ESTATAL NA SEGURANÇA PÚBLICA – IMPACTO DESPROPORCIONAL E RACIAL BIAS	79
4.2	ASPECTOS NORMATIVOS DA SEGURANÇA PÚBLICA	90
4.2.1	Segurança pública na Constituição Federal	94
4.2.2	<i>Racial bias</i> e os parâmetros para atuação do Estado na segurança pública em Tratados e Convenções Internacionais	96
4.2.3	<i>Racial bias</i> e os parâmetros para atuação do Estado na segurança pública na legislação infraconstitucional	101
4.3	ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIZAÇÃO DECORRENTE DO DEVER (SEMPRE) DESCUMPRIDO – A INADMISSÍVEL OMISSÃO DO ESTADO NO COMBATE AO RACIAL BIAS NA SEGURANÇA PÚBLICA	105
4.3.1	Violação do dever estatal de combate ao <i>racial bias</i> na segurança pública: primeiros esboços dos pressupostos da responsabilidade civil:	111
4.3.1.1	<i>Responsabilidade objetiva ou subjetiva?</i>	115
4.3.1.2	<i>Dano indenizável</i>	116
4.3.1.3	<i>Nexo de causalidade</i>	117
5	CONCLUSÃO	118
	REFERÊNCIAS	122

1 INTRODUÇÃO

A narrativa consolidada em torno da “Constituição Cidadã”, alcunha da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aponta-a como um momento na história do país de grande esperança – não só de superação do regime ditatorial vivenciado no país entre 1964 e 1985, mas também de inclusão social dos grupos vulneráveis e marginalizados (SILVA, 2014, p. 90–92).

Apesar dos significativos avanços sociais havidos desde então, com a vigência do texto constitucional, as “promessas constitucionais” estão longe de terem se realizado na plenitude almejada, especialmente no que concerne à inclusão das camadas desprivilegiadas economicamente, e dos grupos sociais minoritários ou vulneráveis, como mulheres, negros e indígenas, identidades essas que, não raras vezes, se sobrepõem e resultam em exclusões sociais ainda mais severas¹.

É preciso salientar, inclusive, que o quadro de exclusão social supra apontado não foi superado, ainda que diversas das mais fundamentais e estruturantes disposições constitucionais tenham este propósito. Já no artigo 1º da Constituição consta a dignidade da pessoa humana como fundamento da república. No artigo 3º, três dos quatro objetivos fundamentais estabelecidos para a República Federativa do Brasil se dão no sentido de combater a exclusão e injustiça social. O artigo 5º, em seu *caput*, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo garantido aos brasileiros, dentre outros direitos, igualdade e segurança (BRASIL, 1988). Esses são apenas alguns dos dispositivos constitucionais que visam, em alguma medida, reverter o quadro social no país.

Não há como ignorar, ademais, que, como largamente consolidado na dogmática jurídica, a Constituição Federal ocupa o topo da hierarquia normativa no país – o que implica que seu teor deve inspirar as normas infraconstitucionais, que suas disposições devem pautar as interpretações legais-administrativas, bem como servirão de critério para determinar se uma norma é apta (formal e materialmente) a integrar o ordenamento jurídico pátrio ou não (FERNANDES, 2020, p. 1810–1811). A questão é que, mesmo com toda essa primazia normativa, por razões que não são totalmente explicadas pela escassez de recursos ou com

¹ Exemplificativamente, reverbera-se a crítica de Moreira (2019a): “O “humanismo racial brasileiro” articula princípios liberais com a ideologia da democracia racial para negar a necessidade de políticas de inclusão racialmente conscientes no Brasil. Assim, as promessas de transformação presentes na Constituição Federal são destituídas de efeito e os mecanismos de exclusão continuam atuando para perpetuar uma ordem social construída para privilegiar pessoas brancas desde a sua fundação.” (MOREIRA, 2019a, posição 2832)

alegações de “reserva do possível”, o país não conseguiu superar o cenário de exclusão social – que está longe de se restringir a questão econômica (FERNANDES, 2020, p. 899–901).

Apesar de a complexidade social não permitir quantificar a exata proporção da influência de cada um dos fatores que se sobrepõem e ensejam a perpetuação das desigualdades sociais no país, é possível identificá-los. Dentre esses fatores, não há como se olvidar do racismo, da (falta de) segurança pública e do Poder Judiciário (BERTULIO, 1989, p. 8–12). Apesar de a narrativa histórica do país se construir no sentido de negar ou ocultar o racismo como estruturante de nossa sociedade, evidenciar-se-á como isso é falacioso. Quanto à (falta de) segurança pública, que atinge majoritariamente uma parcela da população (a população negra), não há como ser esquecido até mesmo em razão de sua relevância político-eleitoral nas últimas décadas, dado o elevado número de mortes violentas historicamente enfrentados pelo país (BERTULIO, 1989, p. 8–9; LIMA; BUENO; MINGARDI, 2016). O Poder Judiciário, por sua vez, é importante tanto em razão do papel de destaque a que esse Poder Constituído foi alçado pela jurisdição constitucional, com amplas competências e prerrogativas, como pelo fato de que segurança pública e judiciário se relacionam e se influenciam mutuamente. Em grande medida as atuais feições da segurança pública decorrem ou são respaldadas por entendimentos consolidados pelo Poder Judiciário – sendo ambos os fatores vetores de perpetuação de racismo no país (BERTULIO, 1989, p. 181–191; FERREIRA, 2019, p. 152–158).

Contudo, a sociedade, e, principalmente, os membros dos grupos marginalizados e/ou discriminados, não permanecem inertes ante o cenário de desigualdades e exclusão. Tanto no contexto nacional, quanto no contexto internacional, em decorrência das reivindicações históricas dos integrantes desses grupos sociais, tem se multiplicado as normas que visam combater a discriminação, o preconceito e a marginalização social (MOREIRA, 2020, p. 65–68) – impactando inclusive a segurança pública. Os holofotes se direcionam a essa área de atuação do Estado pois se trata do setor em que se exercita a violência estatal, por vezes legitimada pela Lei, mas outras tantas ocorre em descompasso com essa – nessa segunda hipótese o monopólio da violência estatal é instrumento para a perpetuação de hierarquizações sociais, de forma deliberada e explícita ou não, que é posteriormente legitimada não pelo conteúdo da Lei em si, mas pela interpretação conferida a essa pelas estruturas institucionais e pelos agentes estatais (FERREIRA, 2019, p. 152–158).

Esse cenário, contudo, será impactado pela eminente vigência, no contexto nacional, da “Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância”, ante a ratificação dessa pelo Brasil, que implicará na incorporação ao bloco

de constitucionalidade de uma série de compromissos estatais, aplicáveis, inclusive, ao campo da segurança pública. Nesse quesito, considerando as sistemáticas violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado brasileiro em sua atuação nesse campo, a superveniência desses compromissos certamente implicará na necessidade de que o Estado brasileiro se transforme profundamente para minimamente atendê-los – haja vista inclusive, reitera-se, que historicamente se denega que exista racismo no país. Portanto, evidencia-se ainda mais a importância da perquirição acerca dos deveres estatais na atuação em segurança pública e sobre a eventual possibilidade de responsabilização decorrente da inobservância desses deveres.

Para que seja possível essa verificação, é imprescindível que, antes de se perquirir propriamente sobre a responsabilidade civil estatal, que se evidencie as transformações paradigmáticas ocorridas no Direito em decorrências das reivindicações e lutas dos grupos socialmente marginalizados. É nesse ponto que o entrecruzamento de Direito, raça e segurança pública, ganha especial relevância, pois, têm-se no país uma longa e ocultada história de uso da violência estatal para subjugação de povos e perpetuação de hierarquizações sociais baseadas na raça legitimada pelas instituições a partir do direito. O desvelamento dessas ocultações da história, bem como a explicitação dos mecanismos que possibilitam a realização dessa operação, são etapas preliminares necessárias para a verificação da responsabilidade estatal na segurança pública, sendo que o “fio condutor” dessas reflexões é justamente o impacto diferenciado da segurança pública sobre as vidas de parcela da população – a parcela de pessoas negras.

Superadas essas etapas preliminares, será possível adentrar propriamente o terreno da responsabilidade civil do Estado, construindo-se as bases teóricas a partir das quais se verificará posteriormente quais deveres devem ser observados pelo Estado quando da atuação em segurança pública, especialmente no sentido de se verificar se existe dever específico – seja em decorrência da Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, seja em decorrência de disposições constitucionais ou legais – de que o Estado combata os impactos desproporcionais da segurança pública incidente sobre a população negra, e se o descumprimento desse ensejaria a responsabilização civil do Ente.

Antes de adentrar propriamente a pesquisa, contudo, é fundamental realizar algumas considerações preambulares, atinentes a metodologia do presente trabalho. Primeiramente, é preciso salientar que não há qualquer pretensão de esgotar o objeto em questão – a pesquisa ora desenvolvida tem modestas pretensões, trata-se de uma primeira aproximação do tema, que se origina da intersecção de alguns temas pouco tratados ao longo da graduação em Direito,

especialmente questões relacionadas a raça, controle de convencionalidade e Convenções e Tratados internacionais de Direitos Humanos. Caracteriza-se o trabalho como bibliográfico narrativo, de abordagem qualitativa e caráter descritivo-explicativo.

Ademais, importante destacar as razões pelas quais se optou por utilizar a expressão anglófona *racial bias* no presente trabalho, especialmente em seu título, e não expressões assemelhadas no vernáculo, como “preconceito implícito”, usada por George Marmelstein (2021) ou “discriminação inconsciente”, empregada por Adilson José Moreira (2020, p. 434–439). Trata-se de uma utilização intencional da possível ambiguidade na tradução por parte dos leitores da expressão *racial bias*, que em tradução direta (e de pouca tecnicidade) focada na tradução de “*bias*”, haja vista que “*racial*” é um cognato, poderia ser compreendida como um “viés” ou “tendência” racial, expressando (em certa medida) o sentido do impacto desproporcional, fundamental para o presente trabalho. Por outro lado, poder-se-ia associar (corretamente) o presente trabalho com os estudos na literatura internacional (principalmente estadunidense) das ciências cognitivas, psicologia social e as apropriações dessas ocorridas no campo do direito, sobre os *implicit bias*, em linha com o que Marmelstein e Moreira expressam com suas respectivas categorias.

Ocorre que, em que pese a segunda acepção seja a mais correta – o que indicaria então que não haveria qualquer prejuízo em adotar as categorias trabalhadas por algum dos autores nacionais, como supra indicado –, o presente trabalho extrapola esse sentido, especialmente em razão do alerta² realizado por Jonathan Kahn (2018) em sua obra “*Race on the brain: what implicit bias gets wrong about the struggle for racial justice*”, no sentido de apontar que “o preconceito implícito não pode ser entendido de forma separada do seu contexto social e histórico, que foi impregnado com o preconceito explícito por gerações”³. Portanto, apesar de

² “Implicit bias cannot be understood apart from its social and historical context, which has been suffused with explicit bias for generations. Explicit bias is rarely acknowledged by individual subjects and often operates at a tacit, unspoken level of semiconsciousness. It is possible for individuals to benefit from structures that maintain racial privilege without harboring any racial animus. Yet they nonetheless implement and maintain those structures. We may wish to move beyond our troubled racist past, but that past is ever present. Without the past, the present has no meaning; without the present, we have no bearings from which to assess the past. Both law and science produce authoritative discourses of knowledge and power that shape our perceptions and actions in the world. They are distinct, but neither operates in a vacuum, wholly cordoned off from the other. We cannot escape the terms of these binaries, and so we need to set them in dialogue with each other rather than privileging one side over the other. Consider this conclusion a call for a sort of antisubordination theory of constructing and contesting the common sense of racism in American society.

Behavioral realism has much to offer, but we deceive ourselves and risk reinforcing years of racial backlash if we cast the science of implicit social cognition as a magic bullet. Bias may fruitfully be understood as a cognitive process that involves classification and making distinctions; in contrast, racism, although it may at times involve such cognitive processes, involves much more. Raising awareness of implicit bias certainly is a good thing [...]” (KAHN, 2018, e-book)

³ Tradução livre da primeira sentença da nota anterior.

haver uma aproximação com os estudos em um “sentido estrito” de *racial bias*, que seriam expressos pelas expressões em português, opta-se, ao menos nessa aproximação inicial do tema (e especialmente no título), por se aproveitar da possível ambiguidade na tradução, expressando uma pluralidade de sentidos que serão trabalhadas na presente pesquisa – sendo que, no corpo dessa, se privilegiará um uso mais preciso, já como conceito. Aproveita-se ainda para, desde o princípio, indicar que se privilegiará ao longo do desenvolvimento da pesquisa as dimensões (ou manifestações) do fenômeno do racismo que não são diretamente relacionáveis a uma ação intencional e deliberadamente discriminatória, por se entender que essas são um desafio ainda mais significativo as bases tradicionais do direito, mas a dimensão explícita não será de todo ignorada.

2 NOS FALTAM NORMAS? DO IMPACTO DESPROPRORCIONAL DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NA POPULAÇÃO NEGRA À HERMENÊUTICA DO OPRIMIDO

Pois bem, o impacto desproporcional é uma teoria que, conforme aponta Heemann (2018, p. 70), é desenvolvida a partir do julgamento pela *U.S. Supreme Court* (Corte Suprema dos Estados Unidos da América) do caso *Griggs vs. Duke Power Co.*, julgado em 8 de março de 1971. Nesse, a Corte foi provocada a se manifestar acerca da prática da empresa *Duke Power* de exigir diploma de ensino médio ou a submissão a suposto “teste de inteligência” – práticas que não guardavam relação com os conhecimentos necessários para o exercício do cargo – para contratação de trabalhadores ou para transferência/promoção de cargo daqueles que já eram seus funcionários (“*Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971)”).

Apesar da aparente neutralidade e conformidade legal dos critérios aplicados pela empresa, esses acabavam por segregar as pessoas negras, impedindo o acesso dessas a emprego na companhia ou mantendo-as em cargos inferiores, pois, por razões históricas da realidade social estadunidense, as pessoas negras possuíam, em média, nível educacional e de aprendizagem aquém ao de outros candidatos (“*Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971)”; HEEMANN, 2018, p. 70).

A *Supreme Court*, decidiu de forma unânime, com base no Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964, que os critérios utilizados pela *Duke Power Co.* eram artificiais, desnecessários – vez que não se relacionavam com a aptidão para o trabalho – e que *impactavam desproporcionalmente* pessoas negras. Segundo a Corte, os critérios utilizados pela empresa,

em razão do seu impacto desigual, afrontavam o disposto na Lei dos Direitos Civis, que determinava a eliminação de barreiras arbitrárias e desnecessárias para empregos, que resultassem em discriminação injusta com base na raça, independentemente de intenção discriminatória do empregador. No julgado se assentou que seriam legítimos apenas critérios que comprovadamente sejam medida razoável do desempenho do trabalho/cargo ("Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971)").

A partir deste julgado é possível inferir as bases *da Teoria do Impacto Desproporcional*, quais sejam: o princípio da igualdade e a discriminação indireta – conceito desenvolvido para designar a discriminação decorrente de critério aparentemente neutro e estabelecido sem o propósito intencional de discriminar, mas que “[...] caso analisada in concreto, acaba por ocasionar um determinado impacto desproporcional sobre determinada minoria ou grupo vulnerável” (HEEMANN, 2018, p. 67).

Ao explicar a razão pela qual uma norma jurídica, política pública ou decisão institucional, mesmo quando dirigida indistintamente a todos, pode afetar negativamente de modo desproporcional um grupo, Moreira (2020, p. 401) pontua que:

Uma norma dirigida à generalidade das pessoas, não fazendo, portanto, menção a quaisquer características, pode ter efeitos discriminatórios. Ela afeta negativamente membros de um grupo porque atores públicos e privados não levam em consideração todos as consequências que uma norma ou prática pode ter no status social de diferentes segmentos. Por esse motivo, um ato que estabelece uma mesma consequência jurídica a todas as pessoas pode afetar grupos específicos que já sofreram as consequências de outras formas de exclusão.

Um dos setores de atuação do Estado de importância mais destacada, a segurança pública, é justamente onde ficam mais evidentes as disparidades sociais decorrentes da imposição de uma mesma norma, ao menos em tese⁴, dirigida a generalidade das pessoas – com as consequências mais trágicas resultantes da intervenção estatal, em grande maioria, concentrados na população negra, especialmente homens jovens (BUENO; MARQUES; PACHECO, 2021, p. 68; GONZALEZ, 1984, p. 231). Dado representativo de como as hierarquizações raciais conformam a atuação das Polícias no país é fornecido por Bueno et al., em textos no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019 e de 2021, quando apontam que, apesar de serem cerca de 55% da população do país, os negros foram 75,4% dos mortos pela polícia em 2017-2018, 79,1% em 2019 e 78,9% em 2020 (2019, p. 62; 2021, p. 66–67).

⁴ Conforme se evidenciará adiante, entre texto (lei) e norma (lei interpretada), há uma “distância”, onde se encontra o intérprete. Essa distinção é fundamental para compreender por qual razão “a afirmação de que todos são iguais perante a lei, assume um caráter nitidamente formalista em nossas sociedades” (GONZALEZ, 1988, p. 73), pois todos estão sujeitos ao mesmo texto legal, mas não necessariamente a mesma norma, em decorrência da atuação da subjetividade do intérprete – em seus aspectos conscientes e inconscientes.

Esse cenário de brutal e trágica discrepância, onde as consequências mais graves decorrentes da atuação das forças de segurança pública são suportadas, em sua grande maioria, por apenas uma parcela da população – de forma absolutamente desproporcional –, e que não se restringe a questão das mortes decorrentes da intervenção policial (não esqueçamos, por exemplo, de prisões absurdas baseadas em reconhecimento fotográfico em sede policial e que posteriormente se provaram – apesar de desde o princípio alegado – serem equivocadas), ou sequer ao período histórico mais recente.

Adiante se evidenciará como as feições atuais da atuação das forças policiais se ligam a condições sócio-histórico-econômicas do país, herdadas da escravatura, e como, apesar dessas feições se atualizarem, são continuidade das estratégias de controle e repressão da população negra no país, que também remontam a esse período histórico (FLAUZINA, 2006, p. 41–42; FRANCO, 2016, p. 123). Posteriormente, se evidenciará como o Direito – e seus operadores – atuam na legitimação e perpetuação desse sistema repressivo de cunho racista (BERTULIO, 1989, p. 151–152).

2.1 BREVE PANORAMA DO DIREITO NO CONTEXTO SÓCIO-HISTÓRICO BRASILEIRO: ESCRAVIDÃO, BRANQUEAMENTO, POPULAÇÃO NEGRA, RAÇA E RACISMO À BRASILEIRA

Em atenção às provocações de Carvalho (2015, p. 22–27), desde o início do presente tópico, alerta-se ao leitor que este não é um trabalho de História ou de Sociologia. Apesar de ser uma afirmação um tanto evidente, essa tem uma série de importantes implicações no que tange esse breve panorama sócio-histórico, mormente de cunho metodológico, no sentido de que esse não deve ser compreendido como suficiente para a completa compreensão da complexa “formação” da sociedade brasileira. Antes, o que se almeja, é justamente evidenciar – ainda que suscintamente – a muitas vezes ocultada complexidade dessa formação, contrapondo-se a abordagens que apostam no “empilhamento” de dados históricos e percorrem séculos em páginas, apresentando (equivocadamente) períodos históricos de forma monolítica e harmônica, com transições (ficcionalmente) graduais de uma sociedade monolítica escravista, para outra no “período histórico seguinte”, pós-escravista (QUIJANO *apud* ANDRADE; FERNANDES; CARLI, 2015, p. 554; CARVALHO, 2015, p. 22–27). Ademais, “busca-se retirar a população negra da posição de objetos da história, como seres apassivados e vítimas

de um enredo protagonizado por homens brancos ou por forças econômicas inanimadas, para sujeitos construtores da história” (M. V. L. QUEIROZ, 2021, p. 93).

Inicialmente, é preciso evidenciar que o longo período da escravatura em *Pindorama*⁵, que durou do séc. XVI ao final do séc. XIX, não ocorreu de forma dissociada do contexto global – pelo contrário, com feições próprias esteve profundamente conectado às dinâmicas globais. Nesse sentido, Dora Lucia de Lima Bertulio, em dissertação de mestrado apresentada junto ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) em 1989, intitulada “Direito e relações raciais – Uma introdução crítica ao racismo”, expõe, logo na introdução de seu trabalho que:

A tecnologia bélica europeia, aliada ao desenvolvimento da navegação em função de suas necessidades econômicas, permitiu o domínio, pela força, dos autóctones americanos e africanos. Isto ocorreu desde a descoberta do Novo Mundo e das investidas na África via correntes navegatórias para as Índias, após o fechamento dos portos do Mediterrâneo pelos árabes, quando os saques às populações indígenas e negras tiveram o grande impulso.

A intelectualidade europeia não tardou em traçar justificativas racistas científicas, racionais e até cristãs para encobrir o interesse político e econômico de dominação e concentração de riquezas. A riqueza natural da América e África sempre foi extraordinária, só comparável àquela depositada em território asiático [...] (BERTULIO, 1989, p. 2)

Como se infere, a subjugação forçada da população negra pelos europeus se deu em um contexto de navegações globais, realizadas sob pretexto de diversas justificativas legitimadoras dessa violência colonial. Em *Abya Yala*⁶ (América), o domínio forçado se estendeu também as populações originárias. Ao longo do extenso período histórico da escravização, diversas foram as estratégias de dominação e controle da população negra e originária, que, embora sempre violentas, também conjugaram silêncios legislativos (e eventualmente constitucionais) estratégicos com intrincada legislação repressiva (COVOLAN, 2015, p. 3; FLAUZINA, 2006, p. 40–74), visando não só a subjugação e/ou eliminação física dessas populações, como o sufocamento de “formas de vida diversas” – com a negação da

⁵ Em sua etimologia a palavra “Pindorama” comporta duas hipóteses, ambas decorrentes da tradição dos povos originários das Américas, significando “terra/lugar/região das palmeiras” ou “espetáculo das palmeiras”. Ademais “é uma designação para o local mítico dos povos tupis-guaranis, que seria uma terra livre dos males. Os arqueólogos acreditam que o mito tenha se formado na época das antigas migrações, quando os tupi-guaranis se deslocaram para o litoral brasileiro, atual região oriental da América do Sul.” (“Pindorama”, 2020)

⁶ Expressão utilizada para “uma autodesignação dos povos originários do continente como contraponto a América expressão que, embora usada pela primeira vez em 1507 pelo cosmólogo Martin Wakdseemüller, só se consagra a partir de finais do século XVIII e inícios do século XIX por meio das elites crioulas para se afirmarem em contraponto aos conquistadores europeus no bojo do processo de independência. Muito embora os diferentes povos originários que habitam o continente atribuíssem nomes próprios às regiões que ocupavam – Tawantinsuyu, Anauhuac, Pindorama – a expressão Abya Yala vem sendo cada vez mais usada pelos povos originários do continente objetivando construir um sentimento de unidade e pertencimento” (PORTO-GONÇALVES, 2015).

racionalidade dessas populações e o empenho na tentativa de se controlar mentes e corações, em um processo de “epistemicídio-genocídio” (BAGGENSTOSS, 2021, p. 107–108).

Ana Luiza Pinheiro Flauzina complementa que:

Apesar das controvérsias, estima-se que viviam ao longo de todo território brasileiro, em 1500, aproximadamente 2.431.000 índios. A partir do contato com os colonizadores que além da guerra e dos massacres trouxeram as epidemias, esse número já em 1819, não passava de 800.000. Contando sempre com a colaboração dos jesuítas que chegaram em 1550 para converterem em homens aquelas criaturas infieis, a empresa mercantil expropriou material e simbolicamente o segmento indígena, produzindo um genocídio de proporções alarmantes.

[...]

O tráfico de africanos, que é oficialmente autorizado em 1549, e a exploração desse contingente populacional nos limites extremos da atividade colonial são o outro episódio marcante do imperialismo mercantil. Dentro dessa indústria de trabalho compulsório inigualável, que enriqueceu sobremaneira os impérios europeus e as elites dirigentes desse investimento, o Brasil ocupa papel de destaque. Durante o século XVII, teriam sido traficados cerca de 560 mil africanos para o país, numa média de 5.600 pessoas por ano. Essa cifra corresponde a 41,8 % do total de africanos trazidos para a América nesse período. No total, durante os três séculos de colonização, as estimativas apontam para um montante de 2,2 milhões de pessoas, chegando aos 3,3 milhões em 1850, com a extinção oficial do tráfico de africanos escravizados.

Dentro desse cenário, a visão que justifica a ação colonizadora pela fé cristã, compromete definitivamente o estatuto dos povos subjugados. [...] Descobertos por Deus, negros e índios foram apresentados ao purgatório em vida. [...] O discurso religioso, longe de assumir uma plataforma de contenção aos excessos da escravidão, foi ao contrário, um dos grandes sustentáculos da política colonizadora. (FLAUZINA, 2006, p. 42–44)

Essas estratégias de dominação ocorreram sob diversas justificações para a legitimação social das práticas coloniais violentas, que visavam, em grande monta, a pilhagem, a obtenção de vantagens econômicas e a conquista de territórios – e tinham no racismo não só um eixo central de articulação dessas justificações, como ainda um instrumento para introjeção nos colonizados da “superioridade” dos colonizadores (BERTULIO, 1989, p. 2; GONZALEZ, 1988, p. 72).

Lélia Gonzalez (1988, p. 72–73) aponta duas facetas do racismo – que compartilham o objetivo de exploração e opressão – o *racismo aberto* e o *racismo disfarçado*. O primeiro, característico das sociedades de origem anglo-saxônica, germânica ou holandesa, determinam o pertencimento racial a partir da ancestralidade – é negro aquele que possui “sangue negro nas veias” –, ensejando, em consequência, a rejeição enfática a miscigenação, “na medida em que o grupo branco pretende manter sua ‘pureza’ e reafirmar sua ‘superioridade’” (GONZALEZ, 1988, p. 72).

O *racismo disfarçado*, também designado pela autora de *racismo por denegação*⁷, tem como características aspectos como a miscigenação e a assimilação, sendo uma forma mais “sofisticada”, de configuração das relações raciais, calcada na ideologia do branqueamento, aperfeiçoada pelos países da península ibérica devido à experiência histórica de contato com os invasores mouros e de luta pela reconquista (GONZALEZ, 1988, p. 72–73). As sociedades ibéricas que se constituíram e se sucederam neste processo histórico da reconquista são marcadas por hierarquias rígidas, de lugares sociais demarcados, racialmente estratificados, e ideologia de classificação social (racial e sexual), com mouros e judeus sujeitos a severo controle social e político, sendo as hierarquias suficientes para assegurar “a superioridade dos brancos enquanto grupo dominante”, dispensando práticas explícitas de segregação (DA MATTA *apud* GONZALEZ, 1988, p. 73; GONZALEZ, 1988, p. 72–73).

Avançando temporalmente, não há como ignorar o caráter transformativo da Modernidade, que ensinará profundas alterações sociais, bem como do direito. Se desde há muito as reflexões acerca da igualdade – e sua ligação com a noção de justiça – ocupam a humanidade⁸, é na modernidade, a partir do entrelaçamento dessas concepções com as de Estado⁹, Direito e democracia, que começam a ser delineados os seus respectivos contornos atuais, no âmago do constitucionalismo (M. V. L. QUEIROZ, 2021, p. 86)

O período de virada do século XVIII para o século XIX é decisivo na história global, por ser quando se conformaram os padrões do direito moderno (que ainda hoje ecoam), pela (r)estruturação do Estado e pela reconfiguração e expansão da esfera política (que passa a abranger novos sujeitos), mas também pelas suas implicações no discurso filosófico, nas compreensões sobre a relação entre as esferas pública e privada da vida social, “na cosmovisão sobre o mundo e a maneira de se narrar e se entender na história” (M. V. L. QUEIROZ, 2021, p. 86-87). Neste contexto, a soberania absoluta de lógicas metafísicas de legitimação, como a

⁷ Em alusão ao conceito freudiano de denegação “processo pelo qual o indivíduo, embora formulando um de seus desejos, pensamentos ou sentimentos, até aí recalcado, continua a defender-se dele, negando que lhe pertença” (LAPLANCE E PONTALIS *apud* GONZALEZ, 1988, p. 69)

⁸ À título exemplificativo, aponta-se as reflexões de Platão e Aristóteles acerca do tema (MASCARO, 2018, cap. 4 e 5)

⁹ E, por consequência, com os conceitos associados a esse, como a separação de poderes, cujas raízes de legitimação desses conceitos seriam a racionalização e limitação do exercício do poder. Moreira (2020), pontua que “[...] o princípio do Estado de Direito encontra fundamentação na inversão ocorrida no seio da modernidade a partir da qual a obrigação estatal da proteção dos direitos individuais assume prioridade em relação à obediência dos interesses dos que ocupam o poder político. O princípio do Estado de Direito tem então uma natureza constitutiva porque expressa a dimensão material, procedimental e formal da regulação do poder estatal. A organização da ordem política por meio de normas jurídicas indica uma forma de racionalização do poder político por meio de regras de procedimento, conteúdos substantivos e também formas de organização que devem sustentar o Estado.” (MOREIRA, 2020, p. 53)

tradição ou a religião, é perdida, e o sistema jurídico, conforme é diferenciado da política, passa a ser seu próprio fundamento de legitimidade – tendo como lastro a soberania popular, decorrente da virada no campo político operada pelas revoluções de massa do período (M. V. L. QUEIROZ, 2021, p. 86-87).

Marcos Vinícius Lustosa Queiroz (2021), aponta que as narrativas hegemônicas acerca da modernidade se estabeleceram no sentido de apontar o papel decisivo dos movimentos revolucionários ocorridos nas últimas décadas do século XVIII na articulação de uma semântica específica, resultante da confluência das ideias de soberania popular, legalidade e direitos fundamentais, que fundam o constitucionalismo “[...]como resposta a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade” (M. V. L. QUEIROZ, 2021, p. 86). No bojo dessa semântica (e dessas narrativas hegemônicas) se formará o “sujeito moderno”, cuja importância no campo jurídico, conforme se evidenciará, decorrerá do fato de que esse sujeito será o protagonista na conformação das bases teóricas modernas do direito e da interpretação desse:

Dentro desse contexto, a moldura do direito constitucional é forjada no encontro entre a expansão da semântica dos direitos humanos e o surgimento do sujeito moderno. Na modernidade, em decorrência de transformações nos laços entre mundo privado e público (Hunt, 2009), o indivíduo passa a ter uma relação tensa com a sociedade, surgindo o conceito de pessoa. A ideia de pessoa humana surge, portanto, como uma diferenciação entre sociedade e ser humano, em que este possui um foro íntimo e pretensões de autonomia que erigem barreiras à atuação do poder político e do Estado. Com a estruturação da vida privada e da intimidade moderna, a dignidade humana articula um eixo interno, criando limites para que a sociedade não destrua a autonomia individual, e um eixo externo, que é a liberdade – a capacidade de transformação e intervenção do indivíduo na coletividade e na esfera política. Essas pretensões de autonomia, nucleadas nos princípios iluministas de liberdade e igualdade, gerarão uma série de direitos fundamentais específicos, bem como serão a substância da semântica de limitação e de controle jurídico do poder inscritos nas constituições modernas. Há, assim, mudanças na forma como as pessoas se sentiam constrangidas no seu atuar e como compreendiam o mundo, bem como há mudanças nas configurações e nas relações de poder: a constituição, como aquisição evolutiva da sociedade, é a tentativa de lidar e positivar em termos jurídicos essas transformações de caráter individual e estrutural. (M. V. L. QUEIROZ, 2021, p. 90)

As profundas transformações experienciadas por esses sujeitos da modernidade, em resposta às “amarras” da tradição, abrangem até mesmo a forma de se experimentar a temporalidade, na medida em que o passado deixa de ser fonte de aprendizado (tradição) e passa a ser algo a ser superado, e o futuro não é mais “mera reprodução inevitável do antigo, mas algo em aberto e que pode ser transformado”, o que acarreta que a “história não é mais um percurso para além das forças humanas, mas algo que se faz no presente” (M. V. L. QUEIROZ, 2021, p. 86-87). Nessa esteira, utilizando-se da noção arendtiana de mudança de qualidade nas reivindicações modernas – que aponta que o anseio popular deixa de ser meramente pela troca

de governantes e passa a abarcar a própria noção do que é o governo –, Marcos Vinícius Lustosa Queiroz (2021, p. 91) aponta como a Constituição é a positivação desse entrelaçamento entre direito e política, e como essa atua contrafactualmente na estabilização de expectativas normativas, deixando “o futuro em aberto perante a possibilidade de novas reivindicações de inclusão, reconhecimento e justiça”.

Ademais, ressalta-se como “os atores e expectadores da revolução” reconheceram a irreversível expansão da esfera pública, antes reservada àqueles que eram livres “de todas as preocupações ligadas as necessidades vitais, à sobrevivência física” e que passou a agregar também a massa “movida pelas necessidades diárias” (ARENDDT *apud* M. V. L. QUEIROZ, 2021, p. 88). Entretanto, paralela e paradoxalmente ao constitucionalismo moderno – que, conforme aludido, positivava os valores de emancipação humana propugnados pelas revoluções burguesas –, havia “outro fenômeno de proporções globais, caracterizado pela subjugação, exploração e extermínio de outros povos”, o colonialismo – e ambos, em contraditória unidade, compõem o processo de globalização da modernidade, correspondendo, respectivamente, a faceta interna e externa dessa unidade (M. V. L. QUEIROZ, 2021, p. 87).

Esse acoplamento do colonialismo como contraface do constitucionalismo – compreendendo esse último enquanto “símbolo” do projeto pretensamente universalizante da Modernidade – é de importância central para releitura dos valores fundamentais propugnados pelas revoluções burguesas – como a liberdade e a igualdade. Não só no sentido de apontar a desumanização a que todos os não-brancos estiveram sujeitos (pois esses direitos/valores eram restritos aos “humanos”), mas ressaltando também, por consequência, o limite dessas concepções nas narrativas hegemônicas. Ademais, essa associação é importante para se evidenciar a agência dos atores não-brancos da história, que se apropriam dos valores revolucionários “rasurando-os” ao aplica-los de forma “deslocada” em seus próprios contextos (M. V. L. QUEIROZ, 2021, p. 96–99). A partir das reflexões de Silvio Almeida sobre o racismo e o (re)pensar do direito a partir da revolução haitiana, Baggenstoss complementa que:

É aí aqui se destaca que “pensar liberalismo não é o contrário de pensar escravidão. O liberalismo é composto por uma contradição que é fundante que é a escravidão. Se é liberalismo, é porque há escravidão”. Nesse cenário, o Direito pode ser considerado como um mecanismo de articulação das relações sociais. Por isso, caracteriza-se também por um processo de produção de sujeitos, em que nomeia o sujeito que pode participar dessas relações sociais, tutelando tal subjetividade enquanto subjetividade jurídica, que é protegida pelas normas do Estado (BAGGENSTOSS, 2021, p. 109)

No contexto da nascente nação brasileira, em que o colonialismo já se fazia presente, agregou-se o Constitucionalismo Moderno, com seus valores pretensamente universais

(limitados pelas concepções racistas de humanidade), e com outras características desse, como o silenciamento das narrativas não-hegemônicas sobre igualdade e liberdade a partir da negação de cidadania (BERTULIO, 1989, p. 153). Dora Lucia de Lima Bertulio (1989) evidencia a intrincada estratégia da ideologia de branqueamento e eliminação da população negra no país, na qual o direito (principalmente o constitucionalismo) tem papel central, baseada na negação – enquanto fosse possível – da cidadania, exclusão da vida política, direcionamento do aparato repressivo estatal à população negra e no incentivo e a facilitação da imigração europeia (BERTULIO, 1989, p. 153–160).

A autora ressalta que a transição do regime monárquico, com a abolição formal da escravização no território nacional, para o regime republicano, não implicou na ruptura da estrutura de poder político e econômico no país, e que, igualmente, a estrutura jurídica continuou se articulando sem rompimentos (BERTULIO, 1989, p. 148). Mesmo com a aquisição da cidadania, a população negra segue relegada, em grande monta em decorrência dos silêncios estratégicos quanto a questão racial das constituições pós-abolição, a uma cidadania limitada, de participação e integração social obstaculizadas (BERTULIO, 1989, p. 151, 157–160). É a ideologia de branqueamento se articulando para determinação e manutenção do “espaço sócio-econômico do negro” (BERTULIO, 1989, p. 148). Importante destacar que, a esta altura, na transição do séc. XIX para o séc. XX, no que tange as relações raciais, há o acirramento das animosidades, na medida em que as tradicionais justificações etnocêntricas racistas europeias – em decorrência da continuidade da exploração colonial, que é confrontada pelas lutas de negras e negros pela liberdade – cedem espaço a justificativas pretensamente científicas do racismo (M. V. L. QUEIROZ, 2021, p. 98).

A crescente animosidade racial coincide com o declínio do escravismo, que se tenta ao máximo prolongar, inclusive com a edição de leis que protegessem o capital investido em escravos – é assim que Maria Aparecida da Silva Bento (2002, p. 53) classifica a Lei dos Sexagenários e do Vento Livre, não raras vezes celebradas pelas narrativas hegemônicas como “avanços”. A autora aponta ainda como a limitação da posse fundiária, a partir da edição da Lei de Terras em 1850 – em contexto em que o regime de escravização já se encontrava em declínio e o número de pessoas negras livres aumentava –, em conjunto com o incentivo a imigração massiva de europeus para o país, se somaram para a marginalização econômica da população negra – expulsa do campo, com suas possibilidades de produção cerceadas e com acesso ao mercado de trabalho formal negado (BENTO, 2002, p. 52–53). Conforme aponta:

A exclusão do trabalhador nacional e, portanto, do ex-trabalhador escravo, segundo Silva (1994) foi tamanha que, em 1931, no período do presidente Vargas, foi aprovada

uma lei, conhecida como Lei da Nacionalização do Trabalho, que obrigava as empresas a preencherem pelo menos dois terços dos seus postos com trabalhadores brasileiros. Lei esta que, a propósito, ainda hoje consta da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). A inclusão do trabalhador negro na economia, mesmo nas margens, como revelam as estatísticas, deu-se apenas a partir dos anos 30 com a diversificação da produção e ampliação do parque industrial. (BENTO, 2002, p. 53–54)

No início da década de 20, do séc. XX, a teoria de harmonia entre as raças, também conhecida como “democracia racial”, que viria a se tornar a narrativa oficial do país, começa a se consolidar, sendo Gilberto Freyre seu mais célebre autor (CUSTÓDIO, 2016, p. 19–20; FLAUZINA, 2006, p. 36). Essa teoria, admitindo a mestiçagem da população brasileira como inegável e inevitável, deixa de entendê-la como degenerescência, e passa a exaltá-la e vê-la como desejável, almejando atingir, por esta via, a eliminação da população negra – pois, “cientificamente” se previa que a “superioridade” branca prevaleceria em sucessivas mestiçagens (BERTULIO, 1989, p. 44–45). Ana Luiza Pinheiro Flauzina (2006, p. 36) aponta que um propósito latente dessa teoria, que aposta numa revisão do passado – idealizando uma histórica convivência harmônica entre brancos, povos indígenas e negros –, é a negação da existência de racismo no Brasil. À título ilustrativo de que mesmo com a ascensão dessa teoria da harmonia entre as raças, a ideologia do branqueamento continuou a ecoar fortemente nas instâncias de poder do país, cumpre apontar que no art. 138, alínea b, da Constituição de 1934, constava a incumbência de que a União, Estados e Municípios estimulassem a “educação eugênica” (BRASIL, 1934b).

A narrativa da suposta convivência harmoniosa entre as três raças que comporiam o país é um dos elementos que ajudam a compreender as feições atuais do “racismo à brasileira”. Complementado as já apresentadas concepções de Lélia Gonzalez (1988) de *racismo explícito* e *racismo disfarçado*, são valiosas as noções apresentadas por Nogueira (2007), que define o preconceito racial característico do Brasil, que designa de *preconceito racial de marca*, contrastando-o com o preconceito racial que é característico dos Estados Unidos da América, chamado pelo autor de *preconceito racial de origem*¹⁰, apontando uma série de aspectos em que estes se diferenciam. Dentre esses, destaca-se o fato de que o preconceito racial no Brasil está relacionado as características fenotípicas, enquanto nos Estados Unidos dá-se peso maior a ascendência, o que, segundo Nogueira, implica em uma maior variabilidade nas concepções

¹⁰ As noções de racismo de Lélia Gonzalez (1988), já apresentadas, não se confundem com as teorizações do preconceito racial, ora expostas, de Oracy Nogueira (2007). Entretanto, inegável que essas, em certa medida, se assemelham e se complementam, com o preconceito racial de marca se relacionando com a ideia de racismo disfarçado, ou por denegação, e a ideia de preconceito racial de origem se relacionando com a noção de racismo explícito.

de branco e não-branco no Brasil, sujeita a variações decorrentes “do grau de mestiçagem, de indivíduo para indivíduo, de classe para classe, de região para região.” (NOGUEIRA, 2007, p. 294).

Outro aspecto que não pode ser ignorado é que:

[...] onde o preconceito é de marca, a ideologia é, ao mesmo tempo, assimilacionista e miscigenacionista; onde é de origem, ela é segregacionista e racista.[...]

Portanto, ainda que implique uma condenação ostensiva do preconceito, a ideologia miscigenacionista não é senão uma manifestação deste, uma vez que, em geral, o indivíduo branco espera que o branqueamento resulte do concurso dos demais brancos, e não do seu, principalmente, quando se trata de união legítima. Por sua vez, a pessoa de cor que se preocupa em se unir com uma pessoa de cor clara revela, em geral, insatisfação com os traços negróides e preferência pelo tipo europeu, desejando que a este pertençam os seus descendentes.

Ao mesmo tempo que é miscigenacionista, no que toca aos traços físicos, a ideologia brasileira de relações inter-raciais ou interétnicas é assimilacionista, no que se refere aos traços culturais. Em geral, espera-se que o indivíduo de outra origem, que não a luso-brasileira, abandone, progressivamente, sua herança cultural, em proveito da “cultura nacional” – língua, religião, costumes. (NOGUEIRA, 2007, p. 297–298)

Lélia Gonzalez (1988, p. 77) identifica o racismo como um mesmo sistema de dominação que opera nas diferentes sociedades, embora este se manifeste de formas distintas em cada uma dessas em razão das particularidades sócio-históricas. Reforça-se que diferentes formas do racismo decorrem de diferentes estratégias de dominação da população negra, que resultam em reflexos diferentes nas respectivas populações negras/não-brancas dessas sociedades. Enquanto o *racismo por denegação* resulta em uma ideologia de branqueamento, que acaba por estilhaçar a identidade racial ao incutir nos não-brancos o desejo de embranquecer, a segregação decorrente do racismo explícito reforça a identidade racial, o que enseja maior união da comunidade negra (GONZALEZ, 1988, p. 72–74).

No que concerne o tratamento dispensado ao racismo pelo Texto Constitucional atualmente em vigor, no sentido de rechaça-lo, Dora Lucia de Lima Bertulio (1989, p. 172–175) analisava-o com contido otimismo à época da elaboração de sua dissertação de mestrado – que remonta ao ano de 1989, ou seja, nos primeiros meses de vigência do atual Constituição Federal –, apontando avanço em relação aos textos anteriores, mesmo em disposições inespecíficas, como a proteção a liberdade religiosa e de culto, mas que se adequavam a realidade discriminatória vivenciada pela população negra no país. Contudo, para além das evidências decorrentes do trágico cenário do impacto (historicamente) desproporcional da segurança pública sobre a população negra, que serão oportunamente aprofundados, pode-se apontar, como evidência de que o avanço na proteção constitucional positivada teve impactos limitados na realidade concreta dessa parcela da população, os entendimentos judiciais

formalistas firmados em casos relacionados a crimes de injúria racial e a cotas raciais (MOREIRA, 2019a, 2019b).

2.2 ENTRE A “LETRA DA LEI” E A NORMA: EXPONDO E DESTRONANDO O SUJEITO E INTÉRPRETE UNIVERSAL

É usual que se associe, em grande medida, as expressões relacionadas ao papel central do direito na perpetuação do racismo no país, com a concepção de direito positivo – no sentido de se entender que há lacunas e “defeitos” legislativos, quando não “silenciamentos estratégicos”, conforme já destacado. Entretanto, ainda que essa associação seja correta, ela explica apenas parcialmente a questão. Evidência disso é que as noções de igualdade e liberdade foram apropriadas – conferindo interpretação jurídica distinta aos restritos sentidos hegemônicos das normas – pelos escravizados e pelos grupos abolicionistas, em usos emancipatórios do direito, em que pese as limitações estruturais dessa estratégia (ANDRADE; FERNANDES; CARLI, 2015, p. 555). Com esse singelo exemplo se quer evidenciar que a interpretação hegemônica das normas jurídicas não decorre do fato de essa (a interpretação “ortodoxa”) ser a única possibilidade interpretativa dos textos normativos.

O breve panorama sócio-histórico realizado apresentou uma série de elementos que se somam e permitem compreender o papel das instituições do Estado na contemporaneidade na manutenção do projeto de epistemicídio-genocídio da população negra no Brasil, não só pelo prisma do silêncio normativo, como ainda a partir do sopesamento do papel dos atores institucionais nesse projeto, mormente a partir da interpretação das normas jurídicas. Especialmente em um contexto em que, na contemporaneidade, já não são tão escassas as normas que conferem ou possibilitam a tutela (adequadamente) diferenciada aos direitos da

população negra, se evidenciará como o *sensu comum teórico dos juristas* atua na manutenção do *status quo* social (STRECK, 2018, p. 24, 2020, p. 407–410; WARAT, 1994, p. 13–18)¹¹⁻¹².

O conceito de *sensu comum teórico dos juristas*, segundo seu proponente – Warat (1982, 1994), se refere as “condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito” é um *conceito operacional*, cuja função é “mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas”(WARAT, 1994, p. 13). A necessidade de um conceito com tal propósito, segundo o jurista decorre de que:

Nas atividades cotidianas - teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. Pode-se dizer que estamos diante de um protocolo de enunciação sem

¹¹ Importa destacar que tanto esse conceito quanto os autores que o constroem não estão inseridos na tradição do Direito Antidiscriminatório. O presente tópico antes de ter o propósito de reconstruir essa tradição, que se origina em solo estadunidense, almeja apresentar uma consistente crítica epistêmico-teórica do Direito, calcada, principalmente, na tradição crítica nacional, complementada, naquilo que necessário, por autores comprometidos com o Direito Antidiscriminatório ou que foram importantes na construção dessa tradição. Entende-se que esse apontamento é importante pois, em que pese serem valorosas as críticas ao Direito que se apresentará, o compromisso da Academia com a transformação social é/era limitado (e o Direito Antidiscriminatório tenciona essa limitação). Dora Lucia de Lima Bertulio (1989) denunciava que: “Entretanto, essa mesma Academia não modifica as relações de comportamento racista entre si e entre seus membros. Os comportamentos são racistas, não há desenvolvimento positivo na apreensão do elemento negro na sociedade e na própria Academia, como um igual. Isto vale para demonstrar que a “ciência” cumpre seu papel – desvinculada da realidade, embora analisando essa mesma realidade.” (BERTULIO, 1989, p. 20)

¹² Em que pese se reconheça as possíveis dissonâncias epistemológicas decorrentes da opção metodológica destacada na nota anterior, explica-se essa em razão de que no presente trabalho se almeja realizar a crítica a interpretação do Direito no país, que tem dinâmicas próprias e distintas da tradição sob a qual se construiu, ao menos inicialmente, o Direito Antidiscriminatório, sob forte influência da *Critical Race Theory* (CRT). Por certo não se está a insinuar que essa seja inaplicável ao contexto nacional (sendo necessária a atenção as configurações distintas das relações raciais nos respectivos contextos), até mesmo em razão de que direta ou indiretamente este paradigma influencia o presente trabalho (a partir de muitos dos trabalhos citados, por exemplo). Contudo, entende-se ser proveitoso agregar a esse paradigma que ecoa direta ou indiretamente no presente trabalho a crítica corrente no país, calcada nas práticas linguísticas subjacentes a epistemologia do direito aqui corrente. Ademais, cumpre alertar que o propósito do presente trabalho não é propriamente construir uma teoria interpretativa alternativa e absolutamente consistente do ponto de vista teórico, e sim evidenciar as inconsistências, insuficiências e as hierarquizações sociais ocultadas ou neutralizadas pelo paradigma (irrefletidamente) vigente, apontando alternativas teórico-epistemológicas alternativas ao leitor. Apenas para corroborar a opção realizada, cabe remeter a clássica distinção popularizada por H.L.A. Hart entre o “ponto de vista externo das regras”, tomado a partir da perspectiva de um observador, e o “ponto de vista interno das regras”, tomado a partir da perspectiva de um participante, segundo Andrade Neto (2016, p. 870) “a perspectiva do participante se presta a responder, dentro do Direito – isto é, de acordo com a lógica interna ao sistema jurídico –, o que o Direito é e como deve ser interpretado e aplicado – ou seja, o que ele *diz*”, enquanto “a perspectiva do observador situa os fenômenos jurídicos em um contexto mais amplo, exterior ao Direito – por exemplo, o das relações sociais ou eventos históricos –, para falar sobre o Direito”. Ocorre que enquanto no presente trabalho se adota a perspectiva do participante, a CRT, ligada aos *Critical Legal Studies* (CLS), até por influência que recebem do realismo jurídico estadunidense, adotam a perspectiva do observador (ANDRADE NETO, 2016, p. 871). Em que pese o fato de que ponto de vista do participante não exclua o aspecto externo (a recíproca não seria verdadeira), e que poderia, portanto, utilizar tão somente a crítica formulada pela CRT, opta-se por agregar também perspectiva crítica erigida a partir do ponto de vista interno por ser mais familiar a tradição jurídica no país (tributária de um positivismo de matriz alemã e mesmo o pós-positivismo adota esse ponto de vista).

interstícios. Um máximo de convenções lingüísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para retificar o mundo compensar a ciência jurídica de sua carência. Visões, fetiches, palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discurso, mostram alguns cios componentes chaves para aproximar-nos da idéia do "senso comum teórico dos juristas".

A expressão serve para chamar a atenção sobre o fato de que, nas atividades efetuadas pelos diversos juristas de ofício, existe também uma relação imaginária com as mesmas, que determina um campo de significado (um eco de representações e idéias), através do qual determina-se a aceitabilidade do real. É o tempo imaginado da história. (WARAT, 1994, p. 13–14)

Streck (2020) aponta que o *senso comum teórico dos juristas* é o “lugar” onde, no processo hermenêutico, o jurista é incapaz de suspender seus pré-juízos, procedimento incontornável para a “confrontação com o horizonte crítico”. É o lugar onde os juristas reféns de sua quotidianidade – da “tranquilidade tentadora” que “proporciona a ‘simplificação’ do mundo jurídico, através do qual o jurista se ‘socializa’ e interpreta o Direito” –, escoram-se em procedimentos metodológicos que, supostamente, assegurariam a objetividade do processo interpretativo (STRECK, 2020, p. 407–410).

O conceito é construído por Warat (1982, p. 49) a partir da crítica à *epistemologia ortodoxa do Direito*, que promove “o enclausuramento lógico referencial dos discursos produzidos em nome da ciência” e, nisso “aliena o conhecimento científico em sua expressão material, como acontecimento significativo, politicamente determinado”. O autor aponta como a epistemologia tradicional – sob pretensões científicas – “concebe o mundo social como sendo um sistema de regularidades objetivas e independentes”, promovendo a coisificação¹³ das relações sociais que possibilita “concebê-las em seu estado ingênuo” (WARAT, 1982, p. 50).

Essa ingenuidade decorre da (suposta) purificação do conhecimento pela razão (através da epistemologia *ortodoxa*), em processo que, maliciosamente, segundo o autor, limita “a percepção dos efeitos políticos da verdade” – e objetivo do saber crítico seria justamente, a partir da historicização das verdades, mostrar “os efeitos políticos das significações na sociedade” e retirar a ingenuidade dessas relações sociais, evidenciando a “história das verdades como jogo estratégico, como campo de luta semiológico, e não como uma história das idéias ou dos homens, desenvolvida progressivamente pelo espírito” (WARAT, 1982, p. 50). O *senso comum teórico dos juristas*, aponta, se forma a partir de um movimento dialético, que parte de uma *doxa*¹⁴, que por meio de “*processos lógicos purificadores*” origina uma *episteme*, que é

13 Coisificação aqui pode ser entendida como a transformação em objeto (científico) de uma ciência social positivista, que “descontextualiza” as relações sociais, oculta a hierarquização social dos sujeitos, bem como a localização espacial e temporal dessas relações.

14 O termo *doxa*, é um termo da filosofia grega que significa opinião e é utilizado em relação dialógica com *episteme*, que seria conhecimento verdadeiro. Contudo, não devem ser encarados em referência a esfera meramente individual, mas como “dimensões compartilhadas” da mera opinião e do “conhecimento verdadeiro”. Para aprofundamento: FRANKLIN, K. Os conceitos de Doxa e Episteme como determinação ética em Platão.

reincorporada, quando da prática jurídico-judiciária, novamente como *doxa* (WARAT, 1982, p. 52).

Para exemplificar esse processo dialético de formação, Warat (1982, p. 52–53) aponta que os “juristas de ofício”, se apoiando na ideia de um “conhecimento apolitizado”, se apropriam – para se legitimar – da construção de Kelsen sobre “ciência do direito em sentido estrito” e, extrapolando essas construções e transformando-as em senso comum, utilizam-nas para não serem vistos como operadores das relações sociais e sim como “operador[es] técnico dos textos legais”. Portanto, essa epistemologia *ortodoxa* evocada pelos juristas não passaria de um “sentido comum científico” (WARAT, 1994, p. 16) o que implica que “o conhecimento científico do Direito termina sendo um acúmulo de opiniões valorativas e teóricas, que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela *episteme*” (STRECK, 2020, p. 408).

O conceito de *senso comum teórico dos juristas*, enquanto conceito operacional, permite a articulação de diferentes conceitos críticos à epistemologia *ortodoxa* do direito – não só no sentido de reuni-los, mas também de oferecer uma hipótese, um “caminho” explicativo de como as mazelas que esses conceitos denunciam se perpetuam na prática jurídica. Para além dos males apresentados, decorrentes de um positivismo científico¹⁵, a “ortodoxia epistemológica do direito” (WARAT, 1994, p. 49) é criticável por aspectos remanescentes do projeto moderno, “que se autodenomina universal, desconsiderando-se a singularidade de indivíduos que pertencem a determinados grupos” (BAGGENSTOSS, 2021, p. 110).

Educar em Revista, p. 374–374, jun. 2004; OUTHWAITE, W.; BOTTOMORE, T. **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996. p. 125-129.

¹⁵ “Na atualidade, por detrás das questões de métodos, existe uma série de pressupostos sobre a própria concepção de ciência e seu valor social que se aceitam como opiniões imaculadas. A positividade da ciência é hoje um pressuposto implícito, como o é a sua concepção do mundo e do objeto.” (WARAT, 1994, p. 16)

Ponto nevrálgico é que, se o direito não é apenas um conjunto de normas – sendo um articulador de relações sociais¹⁶¹⁷ –, ou sequer sua aplicação é apolítica¹⁸ – sendo permeada por ideologias – esse, ao se concretizar no mundo, permitindo ou não certos comportamentos, legitimando ou não certas formas de se viver e se organizar¹⁹, “caracteriza-se também por [ser] um processo de produção de sujeitos, em que nomeia o sujeito que pode participar dessas relações sociais, tutelando tal subjetividade enquanto subjetividade jurídica, que é protegida pelas normas do Estado” (BAGGENSTOSS, 2021, p. 109). Poder-se-ia, portanto, entender o direito, em suas conformações modernas, como “fruto” da modernidade, mas também como (re)produtor de sujeitos da modernidade (BAGGENSTOSS, 2021, p. 109; M. V. L. QUEIROZ, 2021, p. 86). E essa subjetividade moderna, que se pretende universal e é (re)produzida pelo direito, tem sua permanência²⁰ possibilitada, ou facilitada, pela impermeabilidade do *sensu comum dos juristas* ao pensamento crítico – e mesmo contemporaneamente ainda ecoa, em certa medida, o projeto da modernidade ideológica e epistemologicamente no direito.

O relevo desse apontamento decorre de que a epistemologia moderna, marcada pela sua pretensão de subjetividade universal e racionalidade, conhecida como filosofia da consciência, a partir do giro ontológico-linguístico, acabou derruída pela filosofia da linguagem

¹⁶“As significações não deixam de ser um instrumento de poder. Aceitando-se que o Direito é uma técnica de controle social não podemos deixar de reconhecer que seu poder só pode se manter estabelecendo-se certos hábitos de significação. Existe portanto um saber acumulado - difusamente presente nas redes dos sistemas institucionais - que é condição necessária para o exercício do controle jurídico da sociedade. Com isto, estamos ressaltando as dimensões políticas dos sistemas de enunciação. Quando esse sistema é autoritário precisa solidificar artificialmente as relações sociais, modelando e centralizando a produção de sentido, deixando inelutáveis a marca do Estado, fabrica então um sistema de sublimações semiológicas que servem para criar versões do mundo que nos abstraem ela história.” (WARAT, 1994, p. 15)

¹⁷“Nesse cenário, o Direito pode ser considerado como um mecanismo de articulação das relações sociais. Por isso, caracteriza-se também por um processo de produção de sujeitos, em que nomeia o sujeito que pode participar dessas relações sociais, tutelando tal subjetividade enquanto subjetividade jurídica, que é protegida pelas normas do Estado” (BAGGENSTOSS, 2021, p. 109)

¹⁸ Em incisiva crítica a figura do jurista apolítico, Rafael Mafei Rabelo Queiroz (2020) aponta o papel dos juristas na legitimação das práticas de tortura em interrogatórios de suspeitos pelos serviços de inteligência dos EUA na “Guerra ao Terror”, após o atentado de 11 de setembro de 2001, bem como o papel de Hely Lopes Meireles, “cultuado pensador do direito administrativo no Brasil”, que “publicou um breve artigo na *prestigiosa Revista dos Tribunais*, explicando, didaticamente, o significado do AI-5. Sem juízos de valor e sem adjetivação, seu texto não condenava nem celebrava o ato: apenas esclarecia conceitos e elucidava termos técnicos.”. O autor destaca que apesar de celebrado pela comunidade jurídica, esse texto orientou operadores estatais do direito e “vestiu bordões antidemocráticos e dispositivos flagrantemente tirânicos nos trajes de gala dos argumentos jurídicos que supostamente mereceriam séria consideração” (QUEIROZ, 2020).

¹⁹ Exemplificativamente de formas de viver e se organizar proibidas se aponta o caso dos Quilombos: “Em todos os documentos consultados datados do século XVIII se evidencia a consonância com a concepção de que quilombo significava aglomerações de negros fugidos, que se aquilombavam, em consonância com a defesa de que se tratava de inimigos a serem combatidos, uma vez que ofereciam iminente risco à sociedade branca, não escrava e civilizada. Dito de outro modo, nessa perspectiva, quilombo era uma formação social fora da lei, o inimigo da Coroa” (NUNES; SANTOS, 2021, p. 126)

²⁰ Que, ainda que não seja total – pois admiti-la como total seria incorrer na mesma “ingenuidade” que se critica – se faz ideológica e epistemologicamente presente.

(RAATZ; DIETRICH; MORBACH, 2018, p. 336–337) – e questionada nas diversas áreas do saber, incluindo o direito. Conforme aponta Streck (2020, p. 124), a filosofia da consciência surge como superação do objetivismo (realismo filosófico) na modernidade, que desloca o fundamento da “essência” – que aprisionava o sujeito a uma estrutura, um fundamento final – para a subjetividade – a explicação do mundo passa a ser a razão “assujeitadora”²¹ do indivíduo.

Essa viragem linguística, por certo, não é homogênea, e ocorreu no bojo de tradições distintas como a hermenêutica e a filosofia analítica (HABERMAS *apud* RAATZ; DIETRICH; MORBACH, 2018, p. 336), e sua principal contribuição é:

Não há, assim, linguagem privada para estabelecer os sentidos do mundo; há, sim, somente linguagem pública. Essa é a grande contribuição da viragem linguística e a aproximação do segundo Wittgenstein com a hermenêutica. Existem estruturas prévias que precedem o conhecimento. Isto quer dizer que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem pública, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento (STRECK, 2020, p. 125)

O giro ontológico-linguístico acarreta mudanças paradigmáticas nas ciências sociais e ensinará instrumentais epistemológico-críticos²², como a proposta de Warat (1994, p. 50) de uma história das verdades, desvelando aquilo que se mantém – ou que se tenta manter – oculto²³. Retira-se o manto de (ir)racionalidade que recobria as narrativas culturais e jurídicas, que as fazia passar por “verdades científicas”²⁴, “desautorizando” o outrora soberano sujeito da modernidade, intérprete “assujeitador” do direito – que nessa operação de “construir seu próprio objeto do conhecimento”, as normas jurídicas, retirava-as de seu contexto social e historicidade, ocultando os aspectos ideológicos e políticos dessas e das decisões judiciais, ocultando-se, por

²¹ “[...] Se na metafísica clássica o sentido estava no objeto (*adequatio intellectum et rei*), em decorrência do dualismo platônico, no qual o conhecimento dos objetos e dos fenômenos dependida do acesso a outro plano, o mundo das ideias e a busca pelas essências; na metafísica moderna, o sentido foi para a subjetividade do próprio sujeito – o sujeito da consciência de si –, que se torna responsável por construir seu próprio objeto do conhecimento. Daí afirmar que, com Kant, saímos de um “conhecimento metafísico”, próprio dos gregos e medievais, para fazer uma “metafísica do conhecimento”, fundada na filosofia da consciência” (STEIN *apud* STRECK, 2020, p. 96)

²² “Nietzsche e Heidegger são os principais progenitores da escola chamada pós-estruturalista (depois do ESTRUTURALISMO de Claude Lévi-Strauss e Althusser). Os principais membros dessa escola são Jacques Derrida, Michel Foucault e o metapsicólogo Jacques Lacan. A obra de Derrida continua a crítica heideggeriana da metafísica da presença — logocentrismo —, que ele encara como informadora da epistemologia tradicional, e se apóia na desconstrução das oposições características, tais como universal/particular, da filosofia.” (OUTHWAITE; BOTTOMORE, 1996, p. 129)

²³ “O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) ela história do poder.” (WARAT, 1994, p. 15)

²⁴ “Isso revela que esse “pós-modernismo jurídico”, na verdade, não tem nos valores da modernidade o seu ponto de equilíbrio. Pauta-se por um relativismo em que os discursos e narrativas são (des)construídos pela hermenêutica” (DERRIDA *apud* NUNES, 2017, p. 279)

exemplo, que ambas refletem as hierarquizações sociais (encobertas pela subjetividade jurídica “universal”) e, nisso, perpetuam-nas.

Cover (2016) apresenta, a partir do conceito de nomos, a relação indissociável e recíproca entre direito e narração. Segundo o autor, Nomos é o universo normativo que todos vivemos, um mundo em que, não homogêneo e não limitado ao universo jurídico, há certo e errado, legal e ilegal, válido e inválido (COVER, 2016, p. 187–190). Direito e narração se relacionam mutuamente, pois, segundo Cover:

Nenhum conjunto de instituições jurídicas ou normas existe em separado das narrações que o situam e lhe proporcionam significado. Uma vez compreendido no contexto das narrativas que fornecem significado, o direito se torna não meramente um sistema de regras a serem observadas, mas o mundo no qual nós habitamos. Nesse mundo narrativo, direito e narração estão inseparavelmente relacionados. Cada prescrição normativa insiste em sua demanda de situar-se no discurso narrativo – para ser municiada com história e destino, começo e fim, explicação e propósito. E cada narrativa é insistente em sua demanda por seu ponto prescritivo, sua moral. História e literatura não podem escapar do fato de que se situam em um universo normativo, tampouco pode a norma, mesmo quando incorporada em um texto legal, escapar de sua origem e de sua finalidade na experiência, nas narrativas que são trajetórias tramadas sobre a realidade material, pelas nossas imaginações. (COVER, 2016, p. 188)

Como se infere, é a partir do aspecto narrativo – “que são trajetórias tramadas sobre a realidade material, pelas nossas imaginações” (COVER, 2016, p. 188) –, que se confere, no ato interpretativo/de aplicação do direito, significado as normas jurídicas – e que se insere, em alguma medida, o mundo da vida na prática judiciária. Ocorre que a existência de paradigmas críticos, *per se*, não implica na superação dos aspectos deletérios – ainda mais em questões raciais – em qualquer campo do saber²⁵, ou no caso do direito, sequer da prática judiciária, pois, nesse último caso, fatores como o *sensu comum teórico dos juristas* mantém os intérpretes num lugar cômodo – de não percepção das contradições do sistema jurídico e da dogmática jurídica, de estar numa ideologia e persuadir-se que não (STRECK, 2020, p. 61–62) – desde que permaneçam “servindo ao poder” (WARAT, 1994, p. 15), mantendo a narrativa cultural hegemônica.

No âmbito jurídico é possível identificar a influência da narrativa cultural hegemônica e como o direito atua na perpetuação das hierarquizações sociais incutidas na sociedade – mesmo em contrariedade a normas de teor antidiscriminatório – a partir da crítica das minorias às perspectivas hermenêuticas tradicionais – que denunciam como essas teorias interpretativas

²⁵ “These and other texts from a variety of fields have contested the terms by which the academy has disciplined knowledge about race. Indeed, critiques of the academy’s role in establishing the epistemic foundation and political legitimacy for racial hierarchy have circulated within the academy for years. Although these critiques smoldered, it is perhaps fair to say they never quite caught fire as intellectual movements within their respective disciplines.” (CRENSHAW, 2011, p. 1258)

se baseiam em (insustentáveis) premissas de neutralidade, objetividade (MOREIRA, 2020, p. 300), complementadas pela universalidade, nos, ainda presentes, ecos do projeto da modernidade (BAGGENSTOSS, 2021, p. 116). Essas críticas denunciam a alocação estatal dos corpos, numa lógica de economia política operada por intermédio do direito – reconhecendo e protegendo apenas determinados sujeitos e relações, e violentando e invisibilizando as demais –, a partir da questão racial e pelo sistema sexo-gênero (BAGGENSTOSS, 2021, p. 115–116).

Essas críticas, e as alternativas decorrentes dessas, que apontam a perpetuação de opressões e da subordinação social pelo e no direito, ensejarão a formação de um campo específico do saber jurídico, o Direito Antidiscriminatório, cujas bases serão expostas brevemente adiante, com enfoque na questão racial – temática do presente trabalho.

2.3 O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO, SEUS CONCEITOS ESSENCIAIS E O CONCEITO DE RACISMO

O campo jurídico que tem se consolidado sob a designação de Direito Antidiscriminatório, ou da Antidiscriminação, tem o princípio da igualdade e a discriminação como seus dois principais conceitos (HEEMANN, 2018; MOREIRA, 2020; RIOS; COGO LEIVAS; SCHÄFER, 2017). A partir desses conceitos complementares²⁶, os pesquisadores se debruçam sobre as normas jurídicas que tem o princípio da igualdade como fundamento normativo²⁷, sobre as interpretações doutrinárias e judiciais acerca dessas normas e das interpretações acerca do próprio princípio da igualdade, analisam as políticas públicas e mecanismos institucionais que visem a proteção de grupos vulneráveis ou minoritários, bem como buscam compreender os mecanismos de exclusão e subordinação aos quais esses grupos estão submetidos. (MOREIRA, 2020, p. 50; RIOS; COGO LEIVAS; SCHÄFER, 2017, p. 127–128).

Especificamente acerca da igualdade, Rios (2020) resume que:

Enquanto a compreensão tradicional do princípio da igualdade expõe o conteúdo e a extensão dessa cláusula constitucional de modo estático, por meio da enunciação de suas respectivas dimensões formal e material arbitrárias (FREDMAN, 2002, p. 7; RIOS, 2002, p. 33; MOREIRA, 2017, p. 17), o conceito de discriminação aponta para a reprovação jurídica das violações do princípio isonômico. Passa-se a atentar para os prejuízos injustos suportados pelos destinatários de tratamentos desiguais, objetivando enfrentar situações de estigma e subordinação experimentadas por grupos

²⁶ Segundo Moreira (2020, p. 51) “[...] as normas que formam esse campo jurídico operam a partir da análise conjunta das relações estruturais entre dois elementos centrais: *a igualdade e a discriminação*”.

²⁷ Abrangendo normas jurídicas de direito interno/nacional e direito externo/internacional: “O direito constitucional brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos têm, dentre seus conteúdos fundamentais, a afirmação do direito de igualdade como mandamento de proibição de discriminação” (RIOS; COGO LEIVAS; SCHÄFER, 2017, p. 127)

discriminados (RIOS, 2008, p. 36; MOREIRA, 2017, p. 67; SOLANKE, 2017). A discriminação enfrentada pelo direito da antidiscriminação é, portanto, tomada por uma perspectiva mais substantiva que formal: importa enfrentar a desigualdade prejudicial e injusta, pois nem sempre a adoção de tratamentos distintos se revela maléfica, sendo mesmo tantas vezes exigida, como alerta a dimensão material do princípio da igualdade (o de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades). (RIOS, 2020, p. 1334–1335)

Em suma, seja a partir da (I) vedação a discriminação negativa ou (II) a partir da admissão da discriminação positiva que vise a integração social de grupos minoritários ou vulneráveis – entendidas essas como facetas do princípio da igualdade –, busca-se compreender e transformar²⁸ as estruturas e práticas injustas (MOREIRA, 2020, p. 50; RIOS; COGO LEIVAS; SCHÄFER, 2017, p. 127–128). Em termos de operacionalização, Moreira (2020, p. 51) pontua que esse ramo do direito deve ser interpretado como um subsistema do Direito Constitucional, ressaltando a correspondência entre os fundamentos do Direito Antidiscriminatório e os princípios fundadores da cultura jurídica moderna²⁹.

Em exposição acerca das origens históricas do Direito da Antidiscriminação, Rios (2020), pontua que:

Sem ignorar, muito menos menosprezar o rico e intenso debate em diversos campos (político, social, filosófico, histórico, etc.), é de se salientar que este esforço de efetivação do mandamento antidiscriminatório resultou, na esfera jurídica, na formulação de legislação e jurisprudência específicas. A litigância, a sistematização e a pesquisa acadêmica nestes campos acabaram por demarcar domínios do conhecimento e da prática jurídicos, conhecidos como “direito da antidiscriminação”. Assim designado, tal campo surge a partir da experiência jurídica estadunidense (McCRUDDEN, 1991), com os avanços do movimento de direitos civis pós II Guerra Mundial (POLE, 1993, p. 311), tendo como marco jurisprudencial indisputável a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no célebre caso “Brown vs. Board of Education”, de 1954 (SCHWARTZ, 1993, p. 286; RUTHERGLEN, 2001), passando a exercer uma influência seminal no continente europeu, tanto nos direitos nacionais (BURCA, 2011), como no direito comunitário europeu (COUNCIL OF EUROPE, 2011) (RIOS, 2020, p. 1334)

Em relação as fontes do Direito Antidiscriminatório, Moreira (2020) aponta que:

[...] esse campo jurídico engloba normas presentes em uma pluralidade de documentos legais, sendo que podemos identificar os mesmos objetivos em todas elas. Todas fazem parte de documentos responsáveis pela construção de um sistema protetivo no

²⁸ Essas transformações se dão de formas diversas, como a partir da produção de normas jurídicas que visem combater as práticas e estruturas injustas, a partir das decisões judiciais que efetivem as normas com esse teor, ou ainda pela remodelação de práticas e políticas públicas.

²⁹ Em realidade, é possível afirmar que são justamente os membros dos grupos socialmente marginalizados que fornecerão as mais potentes interpretações dos valores revolucionários que inspiram o Estado Moderno. Marcos Vinícius Lustosa Queiroz, ao expor sobre a importância de se estudar o legado da revolução haitiana no constitucionalismo, pontua que “Torna-se também fundamental iluminar como o legado iluminista foi potencializado, reestruturado e dinamizado a partir de outras lógicas justamente por homens e mulheres que lidaram mais diretamente com o cinismo e a violência daqueles que eram ao mesmo tempo revolucionários e colonizadores – propagadores de um universalismo que esbarrava nas suas limitações racistas da ideia de humanidade.” (M. V. L. QUEIROZ, 2021, p. 97)

plano nacional e internacional. Dessa forma, estamos diante de legislações que formam um campo que contém tanto normas dirigidas à proteção da universalidade dos indivíduos como também normas destinadas a proteger especificamente grupos minoritários. Tratados internacionais, textos constitucionais e legislação especial estão entre as normas destinadas a proteger grupos que se encontram em uma situação de desvantagem. Elas sempre estabelecem categorias que são legalmente protegidas contra discriminação, categorias que designam grupos expostos a processos de exclusão. (MOREIRA, 2020, p. 63)

Quanto aos elementos fundamentais do Direito da Antidiscriminação, Rios (2020, p. 1336) elenca, dentre esses, “o conceito jurídico de discriminação, as modalidades de discriminação, os critérios proibidos de discriminação, as perspectivas da antidiferenciação e da antissubordinação”. Com relação aos critérios proibidos de discriminação, Moreira (2020, p. 258) adota conceito mais abrangente, que designa de “critério de proteção especial”. Esses conceitos serão brevemente explanados adiante.

2.3.1 O Conceito Jurídico de Discriminação

A discriminação indireta, apresentada no início do presente capítulo, por certo, não é a única forma de discriminação a que os sujeitos integrantes de grupos minoritários ou vulneráveis estão sujeitos. A palavra discriminação comporta múltiplos significados, que extrapolam a de mero ato de categorização de pessoas, objetos e situações a partir de determinado critério (MOREIRA, 2020, p. 326). Se por um lado, existem discriminações legítimas (jurídica e moralmente), é inegável que a palavra possui conotações negativas, cabendo ressaltar a incompatibilidade com o regime democrático dos sentidos que, a partir de um critério arbitrário, implicam em consequência negativas as pessoas discriminadas (MOREIRA, 2020, p. 326–330). Frente a multiplicidade de sentidos e dimensões que a palavra discriminação pode implicar, Moreira (2020) propõe que as condutas discriminatórias, que são aquelas que negam a determinadas pessoas “[...] o reconhecimento como alguém que merece o mesmo nível de respeito e consideração direcionado a todos os membros de uma comunidade democrática”, devem ser escrutinadas a partir de diferentes níveis de análise (MOREIRA, 2020, p. 354). Esses diferentes níveis de análise são as modalidades de discriminação que serão expostos na sequência.

Apresentado o conceito de discriminação de forma mais geral, cumpre apontar como esse veio a ser positivado – e como acredita-se que esse deva ser tomado. Atualmente o conceito jurídico de discriminação está incorporado a ordem jurídica brasileira interna com *status* de

Emenda à Constituição em ao menos duas redações, que por serem bastante assemelhadas, se apresentará a mais abrangente, com o devido destaque do que lhe confere essa abrangência alargada. Segundo a “Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância”³⁰⁻³¹, discriminação é “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais” (OEA, 2013), conforme disposto em seu art. 1º, item 1.

Apesar de o dispositivo se iniciar apontando essa definição como discriminação racial, percebe-se que a redação dessa parte do dispositivo permite compreendê-lo como uma definição de abrangência geral, sendo o aspecto racial tratado de modo complementar na segunda parte do art. 1º, item 1 da Convenção Interamericana Contra o Racismo³². A previsão do item 6 desse mesmo art. 1º da Convenção, que apresenta a definição aplicável as formas correlatas de intolerância, também corrobora a possibilidade de uma interpretação mais abrangente, bem como o art. 16. Em comparação a definição de discriminação trazida pela “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo”³³, promulgada na ordem jurídica interna pelo Decreto nº 6.949/09, Rios (2020, p. 1337) aponta que “[...] a inserção do fragmento ‘em qualquer área da vida pública ou privada’ alargou a amplitude conceitual da discriminação, censurando sua ocorrência em qualquer âmbito da vida social”.

No plano infralegal cumpre ainda destacar – para fins do presente trabalho, a previsão do art.1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 12.288/10 (BRASIL, 2010a), o Estatuto da Igualdade Racial, que apresenta a definição de discriminação racial ou étnico-racial, cujo teor

30 Doravante, para fins de tornar menos maçante a leitura, designar-se-á a “Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância” de Convenção Interamericana Contra o Racismo.

31 Ressalta-se, contudo, que até a conclusão do presente trabalho não foi ainda publicado no Diário Oficial da União o decreto presidencial de promulgação na ordem jurídica interna dessa Convenção, apesar de a ratificação ter sido entregue a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a assinatura do decreto ter sido noticiada (OEA, 2021; VILELA, 2021). Isso implica que até o presente momento, o decreto encontra-se em vigência no plano internacional, porém não é diretamente aplicável no plano doméstico, conforme doutrina predominante (REZEK, 2014, p. 102–103) e entendimento até o momento prevalente no Supremo Tribunal Federal, vide AgR CR 8.279-4/República Argentina e MC ADI 1480/DF (BRASIL, 2000, 2001). Não obstante isso, aponta-se que as disposições da Convenção em questão complementam o sentido de diversas cláusulas gerais da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e podem ser entendidas, até a promulgação e a possibilidade de aplicação direta, ao menos em algumas hipóteses, como parâmetro hermenêutico.

32 Vide nota 25.

33 Também internalizados segundo o procedimento previsto no art.5º, §3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), estando, por consequência, em vigência na ordem interna com status de Emenda à Constituição.

não se reproduzirá aqui em razão de ser assemelhado a disposição da Convenção Interamericana Contra o Racismo – que possui *status* hierárquico-normativo superior. Importante adendo é feito por Rios (2020, p. 1337), que pontua que as medidas de discriminação positiva³⁴, que são adotadas com o objetivo de efetivação de direitos, não se confundem com a definição de discriminação ora em comento, não havendo qualquer ilicitude ou inconformidade normativa que impeçam sua adoção³⁵, conforme se pode inferir também tanto da Convenção, que expressamente afirma em seu art. 1º, item 5 que essas medidas “não constituirão discriminação racial”, quanto do art. 15, do Estatuto da Igualdade Racial, que determina que o Poder Público “adotará programas de ação afirmativa” (BRASIL, 2010a; OEA, 2013).

2.3.2 Modalidades de discriminação e distinção entre essas e racismo

A classificação das condutas discriminatórias é de grande importância, inclusive por razões pedagógicas – por exemplo, no sentido de se evidenciar que as condutas causam efeitos negativos e agravam situação de exclusão historicamente duradoura de membros de grupos socialmente marginalizados, ainda que essa não seja sua intenção deliberada. Como ressaltado, e possível inferir a partir da definição jurídica, diversas condutas podem implicar em distintas formas de discriminação, e essas múltiplas condutas discriminatórias podem (e são) classificadas a partir de variadas matrizes – que surgiram em “ondas”, conforme se torna evidente a insuficiência de determinada teoria para abarcar a complexidade da realidade social desfavorável a que estão sujeitos os membros dos grupos socialmente marginalizados (MOREIRA, 2020, p. 388).

Destaca-se que o propósito do presente trabalho não é exaurir as categorizações das condutas discriminatórias, ou sequer explorar alguma(s) dessas categorias em toda a sua profundidade – pois, como categorias analíticas que visam explicar, ao menos em certa medida, a complexa realidade social, e que remontam a controvérsia social, cada uma dessas categorias foi tratada em profundidade pela doutrina especializada, com algumas discordâncias, nuances

34 “Nas medidas de diferenciação positiva, encontramos não somente as ações afirmativas, mas também a adoção de medidas de tratamentos especiais requeridos por uma especificidade de um indivíduo ou grupo” (RIOS, 2020, p. 1337)

35 Desde que observado o Art. 1º, item 5 da Convenção Interamericana Contra o Racismo, que estabelece como requisitos que se trate de grupo que requeira proteção diferenciada por não estar no gozo ou exercício, ainda que parcial (por não estar em condição de igualdade), de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais e: “[...] desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos” (OEA, 2013).

estas que, apesar de extrapolarem o propósito do presente trabalho, não podem deixar de ser apontadas.

À título exemplificativo, aponta-se que enquanto Rios (2020, p. 1338) distingue a discriminação direta e indireta mormente a partir da presença ou não de intencionalidade da conduta, prática ou regra em questão e admite a possibilidade de que “caracteres aparentemente neutros, mas intencionalmente inseridos visando a causar prejuízos” sejam classificados como discriminação direta, Moreira (2020, p. 388–408) apresenta classificação complementar. Esse autor diferencia essas categorias não só pela intencionalidade – estabelecendo que condutas são discriminação direta quando sua intenção explícita é discriminatória, e, por consequência, a discriminação indireta é aquela decorrente de práticas, regras e condutas cuja intenção não é explicitamente discriminatória –, como ainda relaciona a discriminação direta a relações *interpessoais* (ou seja, restrita as relações entre indivíduos), enquanto a discriminação indireta tem dentre seus critérios o seu impacto desproporcional, relacionando-se, portanto, ao *status* de um grupo social (MOREIRA, 2020, p. 388–408).

Portanto, para evitar dissonâncias decorrentes dos distintos entendimentos doutrinários quanto as modalidades de discriminação, adotar-se-á no presente trabalho, prioritariamente, as definições de discriminação constantes do art. 1º da Convenção Interamericana Contra o Racismo (OEA, 2013), complementadas, quando necessário, pela classificação apresentada por Moreira (2020). A Convenção estabelece, *in verbis*:

Artigo 1

Para os efeitos desta Convenção:

1. Discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.
2. Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.
3. Discriminação múltipla ou agravada é qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, em dois ou mais critérios dispostos no Artigo 1.1, ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais, cujo objetivo ou resultado seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes, em qualquer área da vida pública ou privada.
4. Racismo consiste em qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive

o falso conceito de superioridade racial. O racismo ocasiona desigualdades raciais e a noção de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificadas. Toda teoria, doutrina, ideologia e conjunto de ideias racistas descritas neste Artigo são cientificamente falsas, moralmente censuráveis, socialmente injustas e contrárias aos princípios fundamentais do Direito Internacional e, portanto, perturbam gravemente a paz e a segurança internacional, sendo, dessa maneira, condenadas pelos Estados Partes.

5. As medidas especiais ou de ação afirmativa adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção não constituirão discriminação racial, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos.

6. Intolerância é um ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias. Pode manifestar-se como a marginalização e a exclusão de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada ou como violência contra esses grupos. (OEA, 2013)

Destaca-se que na definição de discriminação da Convenção não se elenca, dentre seus requisitos, a intencionalidade, ou seja, admite-se que – à nível *interpessoal* – a discriminação possa ser *direta* (praticada com intenção explícita), ou *inconsciente/por preconceito implícito*, categorias que serão apresentadas na sequência. Já a definição de *discriminação indireta* apresenta os 3 requisitos que Moreira (2020, p. 406–408) elenca, quais sejam: (I) dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro; (II) que impacta de forma desproporcional um grupo que já está em situação de desvantagem social; e (III) deve-se analisar o propósito do dispositivo, prática ou critério, se legítimo ou não. Aponta-se, contudo, que, conforme expresso no item 2 do art. 1º, para afastar a configuração de discriminação indireta, além do objetivo ou justificativa ser legítimo, deve ser *razoável* – expressão que, ao menos na ordem jurídica interna, quando considerada dentro do bloco de constitucionalidade, implicará no juízo de adequação entre meios e fins e, por certo, inclusive por envolver direitos fundamentais/humanos, atrairá a incidência da regra da proporcionalidade³⁶.

Moreira classifica condutas discriminatórias *interpessoais* que não sejam intencionais como *discriminação inconsciente*, definindo-as como “[...] aqueles atos que afetam o julgamento do agente sobre membros de outros grupos, sendo que ele não está ciente das motivações de seu comportamento” (2020, p. 436). Ao elucidar a “origem” destas condutas discriminatórias inconscientes o autor utiliza fundamentos distintos, e, com base na psicanálise, pontua que:

[...] A dinâmica inconsciente do preconceito está relacionada com os diferentes tipos de regulação cultura de atitudes individuais. Na medida em que o racismo deixa de ser socialmente aceitável, ele passa a atuar no plano inconsciente; da mesma forma

³⁶ Adota-se, portanto, as distinções trazidas por Silva (2002).

que a cultura rejeita atos racistas, a mente humana reprime suas manifestações conscientes que expressam animosidade em relação a membros de outros grupos. Mas isso não significa que ele não deixa de determinar o comportamento dos indivíduos de uma forma ou de outra, pois as associações negativas sobre membros de outros grupos continuam a determinar a forma como as pessoas são categorizadas (MOREIRA, 2020, p. 436-437)

Na sequência, Moreira (2020, p. 437) ressalta que não só a psicanálise ajuda na compreensão da dinâmica subjacente as condutas discriminatórias inconscientes, como também a psicologia cognitiva fornece imprescindíveis contribuições. A partir desses subsídios, o autor apresenta, com base em artigo de Linda Hamilton Krieger, como diversos processos cognitivos se alimentam mutuamente e ensejam as condutas discriminatórias inconscientes, destacando, dentre outros fatores, que a categorização é um elemento central do processo cognitivo humano e que as categorizações acumuladas ao longo da vida atuam no processo decisório ainda que o sujeito não as submeta a prévio exame de validade e veracidade. Essas categorizações são emocionalmente investidas, e carga emocional investida está diretamente relacionada ao nível de preconceito contra pessoas de certos grupos. Conforme aponta o autor “[e]ssas categorias psicológicas são produto da maturação de processos culturais que se desenvolvem por um longo período de tempo” e operam “como verdadeiros esquemas mentais” que, quando associados (não se tem apenas um “esquema mental”, compõem estrutura cognitiva que possibilita “que as informações colhidas pelos sentidos possam ser adequadamente processadas, o que possibilita ao indivíduo se situar dentro do mundo à sua volta” (KRIEGER *apud* MOREIRA, 2020, p. 437–438).

Concluindo que, em cenário em que características como sexo e raça estão imbuídas de *valor*, que é atribuído por indivíduos detentores de *poder simbólico* em uma sociedade hierarquizada, em desfavor de sujeitos pertencentes aos grupos em situação de desvantagem social, demarcando quais espaços podem ser ocupados e o valor desses, as categorias que correspondam aos esquemas mentais do indivíduo – exemplificativamente sexo e raça – suscitam, de forma automática e inconsciente (mas não só), juízos acerca dos sujeitos com que interaja e possuam essas características (MOREIRA, 2020, p. 438–439). As associações automáticas e inconscientes sempre poderão ser, *a posteriori*, pretensamente justificadas, pois “[...] um agente sempre pode encontrar alguma razão em excluir minorias, como restrições sobre a postura corporal do indivíduo, a forma como ele se veste, o tom da voz da pessoa, questões que provavelmente não seriam levadas em consideração se o candidato fosse branco, homossexual ou do sexo masculino” (MOREIRA, 2020, p. 439).

Conforme se infere do art. 1º da Convenção Interamericana Contra o Racismo (OEA, 2013), enquanto discriminação é um conceito que se refere a atos concretos, podendo ser condutas, práticas ou normas, o racismo é uma “teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias”, que, dentre suas consequências tem a de ensejar “a noção de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificadas”. Para melhor compreender o fenômeno, Almeida (2019) classifica as concepções sobre o racismo em individualista, institucional e estrutural.

Na concepção individualista, segundo Almeida (2019), o racismo seria equivalente a preconceito³⁷, manifestado mormente na forma de discriminação direta, sendo uma “patologia” ou anormalidade, uma “irracionalidade” por parte de indivíduos ou grupos específicos (ALMEIDA, 2019, posição 292). Nesta perspectiva, a discriminação racial deve combatida por meio de sanções civis ou penais destinadas a estes grupos ou indivíduos “patológicos” (ALMEIDA, 2019, posição 292). Ademais, esta compreensão é reticente em reconhecer o “racismo”, admitindo a existência do “preconceito” de forma a priorizar a natureza psicológica/ética (individual, desviante) em detrimento da sua natureza política. (ALMEIDA, 2019, posição 292).

A concepção institucional do racismo, por outro lado, entende este, em síntese, não como mera decorrência de comportamentos individuais, mas como o “[...] resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça.” (ALMEIDA, 2019, posição 307). Para a devida compreensão desta concepção do fenômeno, aponta o autor, é essencial a reflexão acerca da definição de instituições, sobre a ligação dessas com o poder e o prestígio social, bem como sobre o papel destacado dessas enquanto instrumentos de dominação de um grupo social

³⁷ “Embora haja relação entre os conceitos, o racismo difere do preconceito racial e da discriminação racial. *O preconceito racial é o juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado, e que pode ou não resultar em práticas discriminatórias.* Considerar negros violentos e inconfiáveis, inconfiáveis, judeus avarentos ou orientais “naturalmente” preparados para as ciências exatas são exemplos de preconceitos. *A discriminação racial, por sua vez, é a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados.* Portanto, a discriminação tem como requisito fundamental o poder, ou seja, a possibilidade efetiva do uso da força, sem o qual não é possível atribuir vantagens ou desvantagens por conta da raça. Assim, a discriminação pode ser direta ou indireta.

[...]

A consequência de práticas de *discriminação direta e indireta* ao longo do tempo leva à *estratificação social*, um fenômeno *intergeracional*, em que o percurso de vida de todos os membros de um grupo social – o que inclui as chances de ascensão social, de reconhecimento e de sustento material – é afetado.

[...]

Como dito acima, o racismo – que se materializa como discriminação racial – é definido por seu caráter *sistêmico*. Não se trata, portanto, de apenas um ato discriminatório ou mesmo de um conjunto de atos, mas de um *processo* em que condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das relações cotidianas.” (ALMEIDA, 2019, posição 241)

sobre o outro – no caso, das pessoas brancas sobre pessoas negras (ALMEIDA, 2019, posição 324-356). É também a própria definição de instituição que delimita as “fronteiras” desta concepção, que são devidamente identificadas e superadas pela concepção estrutural, que, ao extrapolar os limites institucionais, aponta para o fato de que, se as instituições são racistas, é em consequência de que a sociedade na qual essas instituições estão inseridas é racista (ALMEIDA, 2019, posição 419).

Almeida (2019) salienta que essa derradeira frase tem uma série de implicações, que podem ser resumidas na constatação de que, na concepção estrutural, o racismo é:

[...] uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção. (ALMEIDA, 2019, posição 448)

Portanto, o conceito de discriminação não resume ou se equivale ao conceito de racismo, mas, percebe-se que o racismo se manifesta em atos discriminatórios (negativos) que tem a raça como critério, legitimando esses atos – sejam eles discriminação direta, indireta ou inconsciente (ALMEIDA, 2019; MOREIRA, 2020). A consequência da reiteração de atos discriminatórios, por períodos históricos alongados, é estratificação social, que afeta negativamente aspectos como as chances de ascensão social, o reconhecimento e até o sustento material dos indivíduos lidos socialmente como pertencentes a grupos minoritários/vulneráveis (ALMEIDA, 2019, posição 263). É justamente o aspecto sistêmico que caracteriza o racismo, não sendo esse um ato discriminatório isolado ou sequer o mero conjunto de atos, mas sim “[...] um processo em que condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das relações cotidianas.” (ALMEIDA, 2019, posição 270).

2.3.3 Critérios de Proteção especial e Critérios Proibidos de Discriminação

Ambas as categorias foram formuladas com o propósito de designar os critérios normativos que se estabeleceram, em dada época, visando conferir tutela diferenciada no sentido de resguardar grupos sociais determinados em situação de desvantagem social, ante a constatação da insuficiência de vedações abstratas a distinções arbitrárias e das dimensões formal e material da igualdade, para a proteção dos grupos em situação de desvantagem social (MOREIRA, 2020, p. 258–259; RIOS, 2020, p. 1338–1339). Rios (2020) aponta que esses

critérios não se tratam de mera procedimento técnico-jurídico, mas que sua incorporação ao ordenamento jurídico é um reflexo jurídico-institucional das disputas sociais que grupos socialmente marginalizados protagonizam por proteção antidiscriminatória e antisubordinatória (RIOS, 2020, p. 1338–1339).

Os critérios proibidos de discriminação, segundo Rios (2020, p. 1339) “funcionam, pois, como mandamentos negativos que determinam que, como base em certo critério, alguém não seja discriminado”, o propósito do estabelecimento desses é que ao “reprovarem condutas e efeitos discriminatórios, protegem de tratamento prejudicial indivíduos e grupos que se enquadrem no critério protegido”. Os critérios de proteção especial, classificação apresentada por Moreira (2020, p. 258–259), por sua vez, são mais abrangentes e admitem sua utilização também para adoção de medidas que visem eliminar desvantagem a que estejam submetidos a maioria dos membros do grupo em questão.

Com relação a definição do rol desses critérios, cabe apontar que:

Os ordenamentos jurídicos adotam técnicas diversas quanto à definição de tais critérios [...]. Uns enumeram os critérios de forma taxativa por meio de legislação específica; outros contam apenas com previsões genéricas e abstratas. Um terceiro grupo, por sua vez, adota um modelo misto, por meio da enumeração exemplificativa dos critérios proibidos de discriminação. No primeiro grupo, a decisão sobre tais critérios é exclusivamente legislativa; nos demais, compete à legislação e aos tribunais enumerá-los ou adicionar critérios aos já previstos. Nesses, o acréscimo de novos grupos protegidos, seja mediante a compreensão ampliada de critérios já existentes, seja pela inclusão de um critério antes não-previsto, considera: (a) se o grupo é historicamente perseguido; (b) se é estigmatizado; (c) se recebe tratamento desigual prejudicial; (d) se sofre preconceito, estereótipos negativos e hostilidades; (e) se constitui minoria politicamente em desvantagem; (f) se a característica distintiva do grupo, constitutiva de sua identidade, é imutável ou modificável somente a alto e inexigível custo e (g) se tal característica desencadeadora da discriminação em nada impede a participação positiva do grupo na sociedade (WINTEMUTE *apud* RIOS, 2020, p. 1139)

Exemplificativamente, a Convenção Interamericana Contra o Racismo e Formas Correlatas de Intolerância, apesar de definir um rol taxativo para configuração da discriminação racial ao estabelecer que “[a] discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica”, adere a terceira técnica, com um rol exemplificativo de critérios de proteção especial, em razão da abertura hermenêutica propiciada pela categoria das formas correlatas de intolerância. Ademais, é possível dizer que a Convenção estabeleceu um rol de critérios de proteção especial e não um rol de critérios proibidos de discriminação em razão de expressamente permitir a adoção de medidas positivas de combate à discriminação com base no mesmo rol de critérios.

2.3.4 Antidiferenciação (ou antidiscriminação) e antissubordinação

Moreira (2020, p. 286) inicia sua reflexão acerca das diferentes perspectivas representadas pela antidiscriminação (que Rios (2020) chamará de antidiferenciação) e pela antissubordinação³⁸ apontando que os “textos constitucionais democráticos estabelecem o conceito de igualdade como um princípio estruturante da ordem jurídica, mas não determinam como ele deve ser interpretado e aplicado nas diversas situações”. Ante essa ausência de determinação prévia de um critério para aplicação da igualdade, os Tribunais criam “meios para a verificação da congruidade de uma norma ou prática com esse preceito” (MOREIRA, 2020, p. 286), que, em resumo, resultaram na antidiscriminação e antissubordinação – que são diferentes aplicações do conceito de igualdade (que não surgem simultaneamente ou derivam ideologicamente da mesma perspectiva ideológica) (MOREIRA, 2020, p. 286–295).

A antidiscriminação deriva de uma inspiração liberal-individualista, fundando-se em uma série de aspectos basilares do Constitucionalismo Moderno, sendo totalmente consentânea “com o princípio da igualdade formal e sua dimensão procedimental” – essa perspectiva, por se calcar numa concepção de justiça simétrica, “exige então uma posição de neutralidade moral e política em relação a traços que não guardam uma relação adequada com fins estatais”, permitindo “a proteção de grupos minoritários no processo decisório ao impor a neutralidade estatal em relação a traços que não podem ser utilizados para discriminação negativa” (MOREIRA, 2020, p. 287). Dentre os aspectos destacados pelo autor sobre essa perspectiva, cumpre apontar o aspecto da objetividade, pois permitiria “a análise precisa das relações de racionalidade que uma norma pode ter com interesses reconhecidos como válidos para a ordem estatal” e que, por se voltar mormente à proteção de indivíduos, a antidiscriminação tem grande aceitação entre operadores do Direito – aponta-se, contudo, que por consequência de sua perspectiva individualista, acaba por presumir uma uniformidade social (MOREIRA, 2020, p. 287–288).

Apesar de sua inegável importância, essa configuração marcadamente procedimental (relacionada às noções de razoabilidade e proporcionalidade) atribuída à igualdade, baseada na negativa de que os critérios de proteção especial tenham relevância legítima para fins estatais, apresenta relevantes limitações no que concerne à proteção “de grupos sociais em situações relevantes”, por exemplo, a partir da adoção de critérios especiais de proteção para fins de

³⁸ Tradição teórica inaugurada por Owen Fiss, com a publicação de *Groups and the Equal Protection Clause*, conforme apontam Jack M. Balkin e Reva B. Siegel (2003, p.1).

discriminação positiva, pois, segundo essa interpretação, a igualdade se destina a proteção de indivíduos e não se entende que deva abranger grupos (MOREIRA, 2020, p. 287–288). A perspectiva antissubordinação parte da percepção acerca dos limites da perspectiva antidiscriminatória, apontando a necessidade de uma interpretação substantiva da igualdade, em conjunto com outras disposições constitucionais estruturantes, como a cidadania e a dignidade, extraindo-se:

[...] um compromisso [constitucional] com uma ordem social destinada a combater formas de discriminação que recaem sobre grupos de pessoas que possuem uma identidade comum, sendo ela criada por alguma norma jurídica ou por tradições culturais que atribuem status cultural e material distintos a eles. Em função dessa compreensão de uma concepção material do princípio da igualdade, esse princípio se torna um instrumento destinado a promover a igualdade de status entre grupos sociais (MOREIRA, 2020, p. 289)

Segundo a interpretação antissubordinatória, é fulcral que se considere a condição social efetiva de um grupo, analisando-se, portanto, o “contexto social e histórico no qual se encontram os membros de um grupo designado por um critério de classificação”, para determinar se a prática/ato/norma em questão “contribui ou não para aumentar a situação de desvantagem de membros de grupos vulneráveis” (MOREIRA, 2020, p. 290; 289). Segundo Moreira (2020, p. 290), os adeptos da perspectiva antissubordinatória apontam a existência de relação de interdependência entre o indivíduo e o grupo ao qual esse pertence, decorrendo disso que “ele não pode ser visto apenas como um indivíduo específico, porque sua existência está diretamente relacionada com a do grupo ao qual pertence”. Como se infere, há uma centralidade do grupo e o objetivo é promoção de igualdade de status entre esses, “uma vez que uma sociedade democrática não pode permitir que segmentos sociais estejam numa situação permanente de desvantagem social” (MOREIRA, 2020, p. 290)

2.4 DO IMPACTO DESPROPORCIONAL À HERMENÊUTICA DO OPRIMIDO

O presente capítulo se inicia com o propósito suscitar o *deslocamento epistêmico*³⁹ proposto por Warat (1982), em contraposição ao que se apresentou como *senso comum teórico dos juristas*, um conceito operacional, também proposto pelo autor, que permite, em alguma

³⁹ “Cremos que, em princípio, a crítica do direito, vista como um deslocamento epistêmico, pode concretizar-se a partir do reconhecimento dos limites, silêncios e funções políticas da epistemologia jurídica oficial. Desse modo, tentar-se-ia explicar o sentido político da normatividade que a epistemologia clássica instaura quando efetua julgamentos sobre a cientificidade dos discursos que os juristas elaboram em nome da verdade.” (WARAT, 1982, p. 49)

medida, compreender a dinâmica a partir da qual as narrativas hegemônicas influem e se perpetuam a partir da teoria e prática do direito. Ainda que apresentado de forma sucinta, o cenário de impacto desproporcional das políticas de segurança pública – que será aprofundada em tópico específico sobre os deveres estatais na área –, bem como o breve panorama histórico, ensinam esse deslocamento, na medida que “preenchem” lacunas deixadas pelo silenciamento imposto pelas narrativas hegemônicas à população negra.

Os conceitos do Direito Antidiscriminatório apresentados, por sua vez, fornecem os subsídios teóricos para a construção de uma epistemologia crítica, de fato consentânea com as disposições e escolhas – inclusive políticas – constitucionais, na forma de uma *hermenêutica do oprimido*, conforme proposta por Moreira (2020, p. 298–323).

A *hermenêutica do oprimido* é construída por Moreira (2020) a partir de perspectivas teóricas críticas a perspectivas tradicionais, ainda tributárias do projeto da modernidade e seus pressupostos liberais, apontando, dentre outros elementos, a impossibilidade de uma perspectiva neutra e objetiva do direito, e que mesmo em uma sociedade tida como democrática pela perspectiva tradicional – posto que estão asseguradas dimensões formais dos direitos –, ainda se fazem presentes as hierarquias sociais que mantém os grupos minoritários em status subordinados ao longo do tempo (MOREIRA, 2020, p. 298–300). Essas perspectivas insurgentes, escoradas em construções mais complexas acerca da igualdade, apontam que a interpretação desse princípio não deve se restringir somente ao aspecto relacional de verificação acerca de tratamento igualitário entre indivíduos e da relação racional entre meios lícitos e finalidades legítimas, mas sim que se deve ter uma leitura substantiva de igualdade, que incorpore e considere o status entre grupos sociais e a historicidade das relações hierárquicas entre esses – em suma, deve-se considerar se as práticas, normas e condutas impactam o *status* cultural ou material de grupos socialmente marginalizados, com vistas a emancipação social (MOREIRA, 2020, p. 286–298).

Apesar de ser recurso didático utilizado com frequência, a apresentação da história dos conceitos como uma evolução contínua (sem rupturas ou descontinuidades) é imprecisa, até em razão de que insinua certa superioridade de interpretações que surgiram historicamente em momento posterior em relação as teorizações antecedentes. Neste sentido, Moreira (2020) é elucidativo ao apontar que distintas dimensões do princípio da igualdade convivem contemporânea e simultaneamente, visando abarcar a complexidade de pertencimentos dos indivíduos, aplicando-se tanto no sentido de assegurar o tratamento igualitário a indivíduos “nas situações em que a igualdade de procedimento é relevante” quanto a grupos “quando se

pretende promover a inclusão social” (MOREIRA, 2020, p. 52). O autor complementa que “[o] processo de interpretação da igualdade deve sempre estar pautado pelo conhecimento do contexto no qual as pessoas vivem porque tem em vista a complexidade das suas experiências” (MOREIRA, 2020, p. 316).

Nesse sentido, a proposta de uma *hermenêutica do oprimido* não se funda num total rompimento com abordagens tradicionais, antes, apropria-se dessas a partir de perspectivas epistemológicas mais atentas e aptas a concretizar os valores e propósitos expressos no texto constitucional (MOREIRA, 2020, p. 320–323). Não se pode olvidar que já no artigo 1º da Constituição consta a dignidade da pessoa humana como fundamento da república. No artigo 3º, três dos quatro objetivos fundamentais estabelecidos para a República Federativa do Brasil se dão no sentido de combater a exclusão e injustiça social. O artigo 5º, em seu *caput*, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo garantido aos brasileiros, dentre outros direitos, igualdade e segurança. Esses são apenas alguns dos dispositivos constitucionais que visam, em alguma medida, reverter o quadro social no país (BRASIL, 1988).

Os “recursos epistemológicos” da *hermenêutica do oprimido* são especialmente valorosos para a apreciação do tema proposto no presente trabalho, vez que os direitos e garantias constitucionalmente assegurados à população negra são violados tanto enquanto coletividade – pelas instituições e políticas do Poder Público –, e também, não raras vezes, enquanto indivíduos – em violações decorrentes de condutas e atos praticados por agentes da Administração Pública.

Em uma perspectiva tradicional, afeita ao *senso comum teórico dos juristas* e limitada a apreciações individualistas, a responsabilização civil da Administração Pública em face da população negra enquanto coletividade enfrenta inúmeros obstáculos – tal epistemologia não comporta o impacto desproporcional e tende a considerar tudo como “casos isolados” decorrentes ou de “fatalidades” ou de “sujeitos desviantes, irracionais”. A nível das violações e abusos a que os sujeitos estão submetidos, escusa-se de responsabilização as Instituições Públicas com base tão somente na apreciação (questionável) da responsabilidade agente enquanto indivíduo, desconsiderando-se as históricas, inconstitucionais e inconventionais omissões do Estado que ensejam as situações de violação de direito. Neste cenário, tanto o controle preventivo quanto repressivo da Administração Pública no campo da segurança pública é precário – há pouco empenho em prevenir e muitas limitações, encobertas pelo *senso comum teórico dos juristas*, a punição.

3 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

3.1 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO PAÍS

Há múltiplas abordagens que tentam traçar o sentido primordial da responsabilidade civil, seja a partir de uma reflexão acerca de um sentido mais amplo de responsabilidade, seja a partir de investigação acerca da etimologia da palavra responsabilidade. Privilegiar-se-á no presente trabalho a primeira abordagem, que aponta a internalização pelo direito de uma noção social de responsabilidade (afeita a moral)⁴⁰, que resulta na noção de responsabilidade jurídica, inicialmente indiferenciada, e que, posteriormente, divide-se em responsabilidade penal e civil (DIAS, 1995, p.1-7). Tradicionalmente na doutrina civilista se aloca a responsabilidade civil no campo do direito obrigacional, derivando essa da quebra de um dever preexistente (que pode ser negocial/contratual ou extra negocial/extracontratual), que enseja um novo dever – o de reparar o prejuízo decorrente da violação do dever primário (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14; SILVA, 2013, p. 1–2).

O presente trabalho prescinde de maiores aprofundamentos acerca da origem da responsabilidade civil e de sua alocação na Teoria Geral do Direito, bastando evidenciar que se trata de um dever secundário – de reparar – que se origina da violação de um dever anterior que acarrete dano a outrem. Esses deveres primários podem ter origem em uma relação contratual/negocial ou derivarem de disposição legal (extracontratual). É evidente, portanto, que se a atuação do Estado pode importar em violação de vínculo negocial entabulado com terceiro, ou ainda, importar em violação a um dever legal – positivo (de prestação) ou negativo (de abstenção) – para com um terceiro, deve também estar sujeito a responsabilização civil (apesar de que esse nem sempre foi o entendimento, conforme se demonstrará).

⁴⁰ “A vida humana, portanto, torna-se possível na medida em que cada indivíduo possa ser considerado responsável moralmente por atos praticados, que tenham repercussões em suas relações sociais. Esses atos são considerados morais porque expressam a manifestação da vontade autônoma do indivíduo e permitem a atribuição da responsabilidade moral a cada um. A responsabilidade resulta, assim, da aplicação de critérios racionais sobre o que é certo ou o errado em face de atos praticados pelos indivíduos. O direito civil moderno ordenou-se como um prolongamento desse sistema de moralidade. As raízes morais da responsabilidade civil encontram-se sistematizadas em regras jurídicas medievais e no pensamento de filósofos, como Tomás de Aquino, seguida pelos moralistas do século XVII. Em todos, determinava-se que cada indivíduo tinha a obrigação de reparar os danos provocados por atos culposos ou dolosos.” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 191)

Elucida-se que, para fins do presente trabalho, a responsabilidade do Estado será compreendida apenas em sua faceta extracontratual⁴¹ – expressão esta que será suprimida, mas que se pode ser entendida como implícita. Ademais, pelo enfoque na Segurança Pública, especialmente na atuação policial ostensiva e investigativa, o presente trabalho também prescinde de que a responsabilização da Administração Pública seja esmiuçada em toda a sua complexidade – não haverá, por exemplo, empenho em delinear contornos precisos para a responsabilização de pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos, em que pese seja um assunto tratado de forma aprofundada pela doutrina especializada.

Esse cuidado inicial em delimitar o que será objeto do presente trabalho, no que concerne a responsabilidade civil, decorre do fato de que esse é um campo do saber jurídico que suscita múltiplas divergências teóricas e que, conforme se evidenciará, está em constante e acelerada transformação, situação que se torna ainda mais acentuada quando se trata especificamente da responsabilidade civil do Estado. Portanto, são imprescindíveis essas delimitações, sob pena de se alongar em discussões pouco pertinentes para o propósito do presente trabalho.

Para exemplificar, desde já, as múltiplas divergências teóricas da responsabilidade civil, pode-se apontar que sequer há consenso doutrinário se o correto seria utilizar a expressão “responsabilidade do Estado” ou “responsabilidade da Administração Pública”. Enquanto Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 789) defende que o correto seria a primeira expressão, pois o Estado é a pessoa jurídica – possuindo capacidade para ser titular de direitos e obrigações na ordem civil –, Hely Lopes Meirelles (2016, p. 779) prefere a segunda expressão para afastar a carga política dos atos de Estado – vez que, segundo o autor, “é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar”. Cavalieri Filho (2014, p. 282), por sua vez, aponta que a expressão “responsabilidade da Administração Pública” não tem um sentido técnico, e sim prático, e passou a ser utilizada com especial ímpeto a partir da Constituição de 1988 em razão da “expansão” da responsabilidade objetiva operada por essa, englobando administração indireta e prestadores de serviço público. Tendo em vista

⁴¹ “[...] É que, conceitualmente, a responsabilidade civil do Estado se afasta do dever de indenizar por infração contratual. Os danos causados pelo Estado, estudados pela teoria da responsabilidade civil, são extracontratuais. Aliás, boa parte da doutrina, para aludir à responsabilidade civil do Estado, usa a denominação “responsabilidade extracontratual do Estado” ou “responsabilidade extracontratual da administração”. É preciso lembrar que a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual está perdendo vigor. A tendência mundial é unificar as duas espécies de responsabilidade sob princípios comuns, protegendo, prioritariamente, a vítima do dano.” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 655)

essa pretensão meramente prática que adquiriu a segunda expressão, ambas serão utilizadas como sinônimas no presente trabalho.

Por fim, renova-se – aqui com feições próprias – o alerta metodológico realizado anteriormente, no sentido de que essa breve retomada histórica da responsabilidade civil no país não deve ser tida como um exercício metodológico de história do direito. Seu singelo propósito é, em atenção a alerta realizado por Cahali (2007, p. 22)⁴², tornar evidente que ainda hoje, apesar de tentativas de se negar, “a teoria da responsabilidade civil do Estado continua ainda jungida a certos parâmetros do direito privado” – vinculação essa que muitas vezes, ainda que de forma implícita, restringirá epistemologicamente à apreciação judicial da responsabilidade estatal a paradigma individualista, que é insuficiente para a compreensão das complexidades das hierarquizações sociais operadas pelo racismo.

3.1.1 A irresponsabilidade estatal

Em um primeiro momento, entendia-se não ser possível a responsabilização pecuniária do Estado pelos danos a terceiros que decorressem do exercício de suas atividades, restando aos administrados apenas a possibilidade de responsabilização pecuniária do funcionário público diretamente envolvido pelos prejuízos suportados (CAHALI, 2007, p. 19–20). Caso se configurasse a “insolvência do funcionário”, aponta Cavalieri Filho, “a ação de indenização quase sempre resultava frustrada” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 283) – ou seja, o dano era, em grande parte, suportado pelos terceiros que viessem a ser lesionados pela atividade administrativa.

No contexto pátrio, conforme aponta Gonçalves (2008, p. 263), tanto a Constituição de 1824, do Império, em seu art. 179, inciso XXIX⁴³, quanto a Constituição republicana de

⁴² “Se hoje os administrativistas timbram em tripudiar sobre a teoria civilista da responsabilidade civil do Estado, buscando transportar o instituto para o âmbito do direito público, não podem eles, contudo, negar os elevados méritos da concepção civilística da responsabilidade estatal, no que terá sido esta a grande contestadora inicial do princípio da irresponsabilidade absoluta; ademais, alguns dos seus enunciados merecem ser melhor meditados, ante a evidência de que a teoria da responsabilidade civil do Estado continua ainda jungida a certos parâmetros do direito privado.” (CAHALI, 2007, p. 22)

⁴³ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.” (BRASIL, 1824)

1891, em seu art. 82⁴⁴, adotavam essa teoria, e, ao menos no plano constitucional⁴⁵, a doutrina entendia pela impossibilidade de responsabilização da Administração.

Os defensores dessa teoria apontavam uma série de argumentos a partir dos quais entendiam pela impossibilidade de responsabilização pecuniária do Estado, conforme elenca Cahali:

Em síntese, tais argumentos assim se enunciavam: a) quando o Estado exige a obediência de seus súditos, não o faz para fins próprios, mas, justamente, para o bem dos mesmos; logo, de semelhante ato não lhe pode advir qualquer responsabilidade; b) não se justifica a ficção de que os funcionários administrativos sejam órgãos imediatos do Estado e que, em conseqüência, os atos destes devam ser tidos como atos do Estado; este só é representado pelo chefe do governo; c) as relações jurídicas do mandato não podem ser aplicadas por analogia aos servidores do Estado, como se tem pretendido; d) a obrigação de indenizar tira, em regra, a sua razão de ser de uma culpa; ora, da escolha do funcionário só pode caber culpa ao Estado quando a pessoa nomeada for, sabidamente, indigna ou incapaz; semelhante culpa não pode ser absolutamente derivada do caráter representativo que tem o funcionário em relação ao Estado; Estado e funcionário são sujeitos diferentes, e por isso a culpa do funcionário não é culpa do Estado; e) o funcionário, seja agindo fora dos limites de seus poderes, ou sem a forma legal imposta à sua ação, ou mesmo abusando dela, não obriga com seu ato o Estado, porque não o representa; f) Estado não pode prestar contra a sua própria autoridade.

Esses argumentos, como se infere, tinham como premissas uma certa concepção de Estado, assentada na soberania absoluta e na crença quanto a impossibilidade de o Ente que edita e organiza o direito vir a violá-lo. Esses pressupostos culminavam na convicção quanto a impossibilidade de que os atos contrários à Lei que eventualmente fossem praticados pelos funcionários públicos fossem atribuídos ao próprio Estado. Ademais, outros entendimentos prevalentes à época se somavam aos supra indicados e acabavam confluindo nessa mesma direção, como a posição que defendia a impossibilidade de constituição de direitos em face do Poder Público, e a arguição de que permitir a responsabilização pecuniária do Estado representaria tanto uma inadmissível ingerência do Poder Judiciário nos atos do Poder Executivo, ferindo a separação de poderes, quanto que essa responsabilização poderia importar em obstáculo (por insuficiência financeira) a consecução dos fins públicos (CAHALI, 2007, p. 20–21).

⁴⁴ “Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais.” (BRASIL, 1891)

⁴⁵ Oportuno rememorar que há época a doutrina constitucional era bastante distinta, e noções como a de jurisdição constitucional, supremacia hierárquico-normativa da Constituição e até mesmo controle de constitucionalidade, estavam ainda por serem gestadas ou em processo de desenvolvimento e consolidação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1029–1030) aponta que, na França, grande referência de desenvolvimento do Direito Administrativo, sob a égide das decisões proferidas pelo Conselho de Estado, não se entendia a impossibilidade de responsabilização do Estado como absoluta, admitindo-se possibilidade dessa em caso de previsão específica e explícita em Lei. O autor exemplifica isto apontando previsão de reparação dos danos oriundos de obras públicas. Como marco relevante do reconhecimento da responsabilidade do Estado mesmo sem previsão explícita em Lei, o autor aponta o “aresto *Blanco*”, julgado pelo Tribunal de Conflitos francês em 1º de fevereiro de 1873, que se fundamentou em princípios de Direito Público – ainda que a decisão tenha reconhecido de forma contida a responsabilidade pecuniária estatal, é um marco por “reconhecê-la como um princípio aplicável mesmo à falta de lei” (MELLO, 2015, p. 1030).

Admite-se, portanto, que a partir da segunda metade do séc. XIX a teoria da irresponsabilidade estatal passa a ser contestada e paulatinamente derruída nas legislações subsequentes (CAHALI, 2007, p. 21; MELLO, 2015, p. 1030–1031). Gonçalves (2008, p. 263), em trabalho propriamente de história do direito, aponta que, no contexto brasileiro da primeira república, antes da edição do Código Civil de 1916, não só a doutrina civilista rechaçava a teoria da irresponsabilidade estatal, como essa também não era aceita de forma pacífica pela população, que a percebia – positivada na Carta Constitucional – como injusta. Tal percepção ensejou o ajuizamento de diversas ações que pugnavam pela responsabilização do Estado (GONÇALVES, 2008, p. 263). A pesquisadora pontua ainda que, em solo brasileiro, a responsabilidade civil do Estado desenvolveu-se, primeiro, em construção jurisprudencial – ainda que essa não tenha sido linear –, vindo a ser positivada somente em momento posterior – primeiramente em regras esparsas⁴⁶, depois como regra geral prevista no art. 15, do Código Civil de 1916⁴⁷ (GONÇALVES, 2008, p. 264–269).

3.1.2 Da teoria civilista de responsabilização do Estado a teoria subjetiva publicista

Se, como visto, desde a segunda metade do séc. XIX foi se consolidando, doutrinária e legislativamente, que o Estado – e não somente seus funcionários – deveria ser

⁴⁶ Heinen (2020, p. 1283) aponta a Lei Federal n. 221, de 1894, como primeira norma a reconhecer a responsabilidade do Estado, e não do funcionário, ainda que o tenha feito de forma implícita, tendo sido complementada posteriormente, no plano infraconstitucional, pelo art. 15 do Código Civil de 1916.

⁴⁷ “Art. 15. As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.” (BRASIL, 1916)

responsabilizado pecuniariamente pelos danos suportados por terceiros decorrentes de suas atividades, isso não ocorreu com base em entendimentos uniformes sobre “como” e a “extensão” da responsabilidade do Poder Público. Durante a primeira república, mesmo com a superveniência do art. 15, do Código Civil de 1916, que estabelecia a responsabilidade estatal com base na teoria civilista (subjéctiva) da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, mandante, representante, dentre outros), continuava em vigor o art. 82, da Constituição de 1981, que era reminiscência da teoria da irresponsabilidade estatal – havia, portanto, “resistência” a responsabilização pecuniária do Estado por danos.

À título exemplificativo, conforme aponta Heinen (2020, p. 1283), o Decreto n ° 24.216, editado em 09 de maio de 1934, tinha claro propósito de mitigar a responsabilidade estatal – o decreto, em seu preâmbulo, dispõe que “a Fazenda Pública não responde pelos atos criminosos dos representantes, funcionários ou prepostos”, e prevê no art. 1º que os Entes somente responderiam se, após verificação, funcionários ou prepostos causadores do dano fossem mantidos no serviço público (BRASIL, 1934a). O autor pontua, contudo, que a norma ficou pouco tempo em vigor, pois em 16 de julho de 1934 foi promulgada a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, que em seu art. 171 previa a responsabilidade solidária entre funcionário e Estado⁴⁸ – disposição que foi repetida, em certa medida, pela Constituição de 1937, em seu art. 158⁴⁹ (HEINEN, 2020, p. 1283).

3.1.2.1 *Atos de gestão e atos de império:*

Dentre as teorias doutrinárias surgidas nesse cenário de tensão, entre a irresponsabilidade e a responsabilização do Estado, solidariamente ou não, em decorrência de ato culposo praticado por funcionário ou preposto seu que causasse danos à terceiros, estava a teoria que categorizava os atos praticados pelo Poder Público em *atos de gestão* ou *atos de império*, restringindo a possibilidade de responsabilização da Administração aos atos de gestão.

⁴⁸“Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. § 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.” (BRASIL, 1934b)

⁴⁹“Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seu cargos.” (BRASIL, 1937)

Segundo este entendimento, os *atos de gestão* seriam aqueles praticados em funções que eram tidas como contingentes ou facultativas, não sendo “essenciais para a existência do Estado” e sim “para satisfazer necessidades sociais, de progresso, bem-estar e cultura”. Já os *atos de império* eram os praticados em exercício de função essencial ou necessária, que visasse “assegurar a existência mesma do Poder Público (manter a ordem constitucional e jurídica)” (CAHALI, 2007, p. 22). Este entendimento se sustentava em razão de que os atos de império – ou *jur imperii* – eram compreendidos como de exercício da soberania do Estado, “na qualidade de poder supremo, supra-individual” e, portanto, seriam insuscetíveis de controle judicial mesmo quando danosos para os súditos (CAHALI, 2007, p. 22). Já quando praticasse atos tidos como de gestão, o Estado era considerado como se particular fosse, sujeitando-se a responsabilização tal como uma empresa privada o era pelos atos de seus representantes e prepostos lesivos a terceiros – desde que esses atos fossem culposos (CAHALI, 2007, p. 22–23).

Essa tese de cariz civilista, contudo, foi contestada por se mostrar insuficiente, tanto por estar sujeita a arbitrariedade na classificação dos atos praticados pelo Estado, como em razão das críticas a possibilidade de se compreender que o Poder Público agisse em alguma hipótese como particular – diferenciando-se ainda o vínculo entre servidor e Administração da relação entre patrão/empregado, sendo incabível a analogia (CAHALI, 2007, p. 23).

3.1.2.2 Teoria do órgão:

A teoria organicista (ou do órgão) surge a partir da crítica ao entendimento de que se estabeleceria entre funcionário público relação semelhante a existente entre pessoas jurídicas privadas e seus mandatários e representantes, pois, enquanto nessas é necessária a existência de duas pessoas e há a imposição legal (força) de um representante, “o mesmo não sucede com o Estado, já que não haveria outro poder superior a ele que pudesse impor-lhe esta representação” e, ademais, “o órgão supõe a existência de uma só pessoa, a própria pessoa do Estado” (CAHALI, 2007, p. 24).

Conforme aponta Cavalieri Filho (2014, p. 284) “o Estado não é representado por seus agentes, mas age através deles e dos órgãos em que atuam” – sendo pessoa jurídica, não é possível ao Estado agir de modo diverso, por não ser dotado de “individualidade fisiopsíquica”. O autor aponta que a partir da teorização organicista proposta por Otto Gierke, o Estado é concebido a semelhança de um organismo vivo, “integrado por um conjunto de órgãos que

realizam as suas funções”, órgãos esses que, em conjunto, servem para manter o todo, mas que fora do organismo que integram estariam sem função – e que assim como em um ser humano “o Estado é dotado de órgãos de comando (políticos) que manifestam a vontade estatal e órgãos de execução (administrativos) que cumprem as ordens dos primeiros” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 284). A concepção unitarista da teoria do órgão tem como consequência que sequer os comandos ou a execução desses, pelos agentes do Estado, são compreendidos como manifestação dos indivíduos que as praticam ou emanam, e sim como manifestação direta do Estado (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 284).

3.1.2.3 Culpa anônima:

A teoria organicista possibilita um rompimento com a noção meramente individual que permeava a responsabilidade civil, que, somada aos princípios publicísticos, ensejou o surgimento de uma concepção de culpa impessoal (*anônima*), baseada na *falta do serviço* (denominação derivada da expressão francesa *faute du service*, origem dessa teoria) – ou seja, a responsabilidade deixa de ser meramente pela *falta* do servidor e passar a ser também compreendida como uma *falta* do serviço público, compreendida essa como falha, atraso ou não prestação do serviço (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 285). Nessa perspectiva, basta a demonstração do funcionamento defeituoso na prestação do serviço público para que seja possível a responsabilização da Administração Pública (MELLO, 2015, p. 1031).

Entretanto, como alerta Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1032–1033), a culpa anônima não deve ser confundida com a responsabilidade objetiva, pois, por se tratar ainda de responsabilidade subjetiva, o Poder Público pode eximir-se de responsabilização se demonstrar sua devida diligência e prudência na prestação do serviço. O autor aponta que a frequente confusão da teoria da falta do serviço com a responsabilidade objetiva no país possivelmente deriva de dois fatores: (I) de uma tradução equivocada da expressão *faute*, cujo “significado corrente em Francês é o de culpa”, mas que a tradução como *falta*, que remete a ausência, transmite “a ideia de algo objetivo”; ademais, nessa teoria opera-se, sob pena de sua completa inoperância, uma “presunção de culpa”, que desincumbe o particular de demonstrar a culpa da Administração na prestação do serviço – até em razão de muitas vezes ser impossível para o particular identificar o Agente responsável pela prestação –, mas que, como já aludido, uma vez demonstrada a diligência estatal, o Ente não é responsabilizado (MELLO, 2015, p. 1032–1033).

3.1.3 Responsabilidade objetiva do Estado

Conforme expressa Hely Lopes Meirelles (2016), a teoria da *falta do serviço* (denominada pelo autor como teoria da culpa administrativa), “ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a *falta do serviço* para obter a indenização” (MEIRELLES, 2016, p. 781). Num cenário de crescente intervenção estatal – sob influência das alterações das concepções do modelo estatal, embaladas pelo advento das Constituições Sociais, como a Constituição Mexicana, de 1917, e a de *Weimar*, de 1919 –, que avoluma o número de atividades desempenhados pelo Poder Público, de crescente incremento dos riscos (urbanização, violência, transportes), de aumento do contingente populacional, dentre outros fatores, multiplicam-se, por consequência, os danos decorrentes da atividade estatal e torna-se mais acentuada a percepção quanto a insuficiência da teoria da *falta do serviço*, vez que, como alerta Meirelles, esta muitas vezes é bastante complexa de se demonstrar – quando não impossível.

Nestas fervilhantes condições, a teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado passa a angariar mais adesões no país e acaba, se estabelecendo, primordialmente a partir da jurisprudência, até ser positivada no art. 194⁵⁰, da Constituição de 1946, como paradigma predominante da responsabilização estatal – salientando-se que essa norma é compreendida por parcela relevante da doutrina como positivação da *teoria do risco administrativo*⁵¹ (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 604; HEINEN, 2020, p. 1284; MEIRELLES, 2016, p. 781). Essa, entretanto, não foi a primeira norma no país a determinar a responsabilização civil objetiva do Estado, segundo Heinen (2020, p. 1284) a primeira norma nesse sentido foi o Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que “Regula a responsabilidade civil das estradas

⁵⁰ “Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.” (BRASIL, 1946)

⁵¹ Cahali (2007, p. 38–43), entretanto, critica incisivamente essa posição que diferencia nominalmente a teoria do risco em *risco administrativo* e *risco integral*, qualificando-a como tentativa intencional de Hely Lopes Meirelles de atenuar os efeitos da responsabilidade objetiva constitucional, vinculando-a nominalmente a noção de *risco administrativo*, que seria “temperada”, visando rechaçar a *teoria do risco integral*, apontando que essa divisão seria artificiosa e carente de fundamentação científica. Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1034–1035) apesar de não rechaçar essa posição, com escorço em doutrina francesa aponta hipóteses contempladas pela responsabilidade objetiva que extrapolariam, ou que não estariam contempladas, na noção de risco administrativo.

de ferro” e consagrou a teoria do risco-proveito – segundo a qual, em suma, se uma atividade “gerava tanto bônus, deveria, então, suportar os ônus”.

Mesmo o art. 15 do Código Civil de 1916, ante a ambiguidade de suas disposições, foi interpretado por parcela relevante da doutrina nacional – dentre os quais se destaca Ruy Barbosa, Pedro Lessa, Amaro Cavalcante, dentre outros – como sendo posituação da responsabilidade objetiva do Estado – muito embora tenha prevalecido a parcela que o apontava como consagração da responsabilidade subjetiva do Poder Público (CAHALI, 2007, p. 31; CAVALIERI FILHO, 2014, p. 289). A reponsabilidade objetiva constou ainda na Constituição de 1967, outorgada pelo regime ditatorial civil-militar, em seu art. 105⁵² e na Emenda Constitucional n° 1 de 1969, constando do art. 107⁵³ com redação quase idêntica à anterior.

Distinguindo a responsabilidade civil subjetiva da responsabilidade civil objetiva, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) pontua que:

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo. (MELLO, 2015, p. 1033)

O principal preceito que, segundo a doutrina, justifica a objetivação da responsabilidade do Estado é pode ser resumido na noção de “solidariedade social”, derivada do princípio da igualdade, no sentido de se distribuir por toda a sociedade os encargos decorrentes da compensação dos danos que foram causados pela atividade estatal – que a todos beneficiaria (HEINEN, 2020, p. 1287). Contudo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1035) também aponta a legalidade como fundamento da responsabilidade do Estado, no caso de “comportamentos *ilícitos* comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais”. Elucidando os preceitos da *teoria do risco administrativo*, Hely Lopes Meirelles (2016) afirma que:

Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar

⁵² “Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.” (BRASIL, 1967)

⁵³ “Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.” (BRASIL, 1969a)

essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina,⁴ que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF/46. (MEIRELLES, 2016, p. 781)

Meirelles (2016, p. 781–782), enfatiza ainda a importância de distinguir a *teoria do risco administrativo* da *teoria do risco integral*, que nunca teria sido contemplada no ordenamento jurídico brasileiro e jurisprudência, sendo defendida apenas pontualmente doutrina nacional, pois esta implicaria em “graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza”. Segundo o autor, a *teoria do risco integral* seria uma “fórmula radical” segundo a qual “a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima” (MEIRELLES, 2016, p. 782). Heinen (2020, p. 1287–1288) em certa medida acompanha essa posição, pontuando que, segundo essa doutrina, o Estado responderá “se houver dano, independentemente de quem ou o quê o gerou”, apontando, contudo, que essa, em situações pontuais e taxativas, foi admitida no ordenamento jurídico brasileiro – como nos casos de dano nuclear ou de atentado terrorista em aeronave⁵⁴.

3.2 PANORAMA ATUAL DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO NO PAÍS

Como reflexo desse conturbado histórico do campo, marcado pela convivência simultânea de múltiplas teorias que não necessariamente se complementam ou convivem de forma harmoniosa, o atual panorama da responsabilidade civil do Estado ainda é caracterizado pela multiplicidade de entendimentos – não necessariamente totalmente divergentes – mesmo em seus aspectos fundamentais⁵⁵. Especulando acerca das razões para tal dispersão teórica,

⁵⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 794) elucida que inicialmente a distinção entre *risco administrativo* e *risco integral* foram tomadas pela doutrina nacional como sinônimas, tornando a distinção construída por Hely Lopes Meirelles, em linha com a crítica apresentada de Cahali (vide nota 43), uma discordância meramente terminológica, que não representava uma diferenciação efetiva da teoria de fundo adotada. Entretanto, pela superveniência de legislações que adotavam a *teoria do risco integral* no sentido atribuído por Hely Lopes Meirelles, essa distinção acabou ganhando relevância e pode ser entendida como modalidade de responsabilização que não admite excludente denexo causal – como é usual (DI PIETRO, 2016, p. 794; FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 502)

⁵⁵ “Particularmente no direito brasileiro, aceito o princípio da responsabilidade civil do Estado, ainda não se definiram satisfatoriamente os exatos parâmetros que o determinam, enquanto a chamada responsabilidade objetiva se apresenta como um lençol amorfo sob o qual se acotovelam doutrinas nem sempre conciliáveis, como a da presunção absoluta ou relativa da culpa, do risco criado, do risco-proveito, do risco administrativo, do risco

Farias, Rosenvald e Netto (2017, p. 605), com escorço em considerações de Ernst Forsthoff e de Maria Celina Bodin de Moraes, apontam que a responsabilidade civil do Estado se construiu – ao silêncio da Lei – com forte componente jurisprudencial, sendo o campo cuja formação teria se dado sob maior influência dos entendimentos firmados pelos Tribunais – algo que se potencializa com o modelo político e de Estado adotado pelas democracias constitucionais. Ademais, destacam que a “responsabilidade civil traz consigo uma flexibilidade orgânica, isto é, ela trabalha com conceitos abertos, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados” – o magistrado precisa apreciar se, no caso concreto, se fazem presentes os pressupostos da responsabilidade civil e todos eles são conceitos abertos (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 605).

Atualmente a responsabilidade civil do Estado é regida pela cláusula geral constante do art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, que assim estabelece: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988). Em conjunto com essa disposição constitucional, observa-se, para a responsabilização civil do Estado, também as normas de regência do Código Civil.

Conforme destaca Cahali (2007, p. 32) há unanimidade no reconhecimento de que a cláusula constitucional adotou expressamente o princípio da responsabilidade objetiva do Estado e há até certa uniformidade no raciocínio a partir do qual os diferentes autores chegam a essa conclusão. Em suma, essa conclusão decorre de que, se somente na segunda parte do art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988 (e nos parágrafos únicos das disposições das Constituições de 1946, 1967 e na Emenda nº 1 de 1969) menciona-se dolo ou culpa, colocando esses elementos subjetivos como condições tão somente da ação de regresso do Estado em face de seu Agente que tenha causado o dano, daí, por exclusão, tendo sido omitido a menção a elemento subjetivo na parte principal da disposição constitucional – menção essa que constava nas disposições sobre a matéria das Constituições de 1934 e 1937 – têm-se que as entidades mencionadas⁵⁶ deverão reparar os danos mesmo sem culpa (CAHALI, 2007, p. 32).

integral, da falha administrativa, da socialização do dano e sua degeneração em risco-seguro.” (CAHALI, 2007, p. 17)

⁵⁶ O dispositivo constitucional alude a pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadora de serviço público. Para fins do presente trabalho, prescinde-se de definição mais precisa acerca da expressão “pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público”, contudo, pontua-se que a doutrina se empenha em estabelecer contornos mais precisos, mormente acerca do que se pode entender por “serviço público”.

Dentre as inovações da disposição sobre responsabilidade civil do Estado na Constituição Federal de 1988 está a expressão “agentes públicos”, em substituição a expressão “funcionário público”, afastando possíveis restrições inadequadas do dever estatal de indenizar aos danos causados apenas por aqueles que, mediante aprovação em concurso público, possuem vínculo estatutário com a Administração e auferem vencimentos – nenhum desses requisitos é essencial, basta que haja o desempenho de uma função pública (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 610). Houve, portanto, um alargamento conceitual – importante até em razão de que deve abranger não só quem tenha vínculo com pessoa jurídica de direito público, como ainda quem tenha vínculo com pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 610–615).

Em complementação, Cavalieri Filho (2014) pontua que:

Não basta, portanto, para emergir a responsabilidade do Estado, que o ato ilícito tenha sido praticado por agente público. É também preciso que a condição de agente estatal tenha contribuído para a prática do ilícito, ainda que simplesmente proporcionando a oportunidade ou ocasião para o comportamento ilícito. *A contrario sensu*, o Estado não poderá ser responsabilizado se o ato ilícito, embora praticado por servidor, este não se encontrava na qualidade de agente público. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 292)

Portanto, tem-se como uma das condições para que o Estado seja condenado a compensação pecuniária de algum dano, que esse deve decorrer de conduta praticada por um Agente seu, seja por decorrer do exercício (regular, em extrapolação ou omissão) da função pública desse, ou em razão dessa função propiciar ao Agente o ensejo para a conduta danosa – afasta-se, contudo, a responsabilização do Estado em casos em que, embora o dano tenha sido causado por Agente estatal, esse em nada se relacione com essa qualidade. Ademais, como se infere, a qualidade do Agente não é a única condição a ser considerada na perquirição acerca da possibilidade de responsabilização do Ente público, estando essa sujeita a uma série de elementos pressupostos que até o momento não tiveram seu sentido devidamente elucidados no presente trabalho – mas que serão aprofundados na sequência.

Devidamente realizadas as considerações preambulares, no sentido de se apresentar a regra constitucional em vigor, bem como brevemente elucidado o que se pode interpretar a partir da expressão “agente público” que, necessariamente, deve ser o causador do dano, passa-se as necessárias considerações sobre os pressupostos da responsabilidade civil – que se aplicam também ao Estado.

3.2.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil

3.2.1.1 Dano indenizável

De modo geral a doutrina tem apontado o deslocamento que ocorre na responsabilidade civil, que gradualmente abandona o enfoque inicial, absolutamente centrado na figura do ofensor e na análise de sua conduta, uma perquirição com cariz ainda fortemente moralizante – remetendo as origens do conceito de responsabilidade –, para o enfoque na vítima e na reparação do dano (SCHREIBER, 2009, p. 12–30). Essa reorientação hermenêutico-normativa da responsabilidade civil – vez que operou tanto na legislação como na interpretação jurídica – tornou o sempre imprescindível dano ainda mais relevante – não só não há responsabilidade civil sem dano, como é imprescindível que ele seja integralmente ressarcido (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 27; FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 235).

Nessa trajetória histórica, o dano – que pode ser definido resumidamente como “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 93) – se “transformou” e se “multiplicou”, como elucidam Farias, Rosenvald e Braga Netto (2017):

Antes, a reparação dos danos não apenas era excepcional, como se limitava ao espectro dos danos econômicos e individuais. Toda lesão ressarcível era patrimonial, centrando-se no binômio danos emergentes, e lucros cessantes. Todo dano indenizável era restrito à órbita de uma determinada pessoa. Ao revés, no alvorecer do terceiro milênio presenciamos o espetáculo do "irrompimento de danos", seja pela manifestação dos danos extrapatrimoniais como pela sua coletivização (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 236)

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1048) “não é qualquer dano relacionável com os comportamentos comissivos ou omissivos do Estado que dá margem a indenização”, para que exsurja o dever por parte do Estado de indenizar, segundo o autor, o dano deve apresentar algumas características:

(a) primeiramente, deve corresponder a lesão a um *direito* da vítima, não bastando que se trate de dano patrimonial ou dano econômico que não consubstanciem agravo resguardado pela ordem jurídica por meio da garantia em favor do sujeito – deve se tratar de “um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo”

(b) o dano deve ainda ser certo, não meramente eventual, ainda que possa ser atual ou futuro;

(c) ainda que bastem essas características para a reparabilidade pelo Estado dos danos decorrentes de condutas, atos ou fatos, *ilícitos*, não são suficientes para a reparação dos danos decorrentes de “comportamentos estatais lícitos”, para os quais, segundo o autor, o dano deve ainda ser especial (ter *especialidade*) e anormal (ter *anormalidade*) – A *especialidade* de um dano decorre desse onerar de forma especial um indivíduo ou alguns indivíduos, não incidindo de forma genérica pela sociedade, enquanto a *anormalidade* de um dano derivaria de não se tratar de um pequeno ônus (medida a ser analisada na circunstância concreta), que faria parte da normalidade da vida cotidiana; (MELLO, 2015, p. 1048–1052).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 797) e Yussef Said Cahali – reverberando entendimento de Weida Zancaner – (ZANCANER *apud* 2007, p. 68) compartilham expressamente do mesmo entendimento.

Há que se atentar, contudo, que, ao menos se tomada em um sentido técnico, a equiparação entre dano indenizável e direito subjetivo mostrar-se-ia demasiadamente restritiva, vez que “direito subjetivo” pressupõe a previsão específica, que acabaria por “desconsiderar que a pessoa realiza a si mesma não mediante um único esquema de situação subjetiva, mas por meio de uma complexidade de situações qualificáveis caso a caso, como poder jurídico, interesse legítimo, direito subjetivo, faculdade e poderes” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 240). Em atenção a isso, Farias, Rosensvald e Netto (2017) propõem esquema mais dinâmico para a definição de dano indenizável:

Neste ponto, conceituamos o dano como “a lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”. O que se entenderia como *interesse jurídico*? É sempre aquilo que historicamente determinada comunidade considera digno de tutela jurídica. E como podemos aferir se este interesse será *concretamente merecedor de tutela*? Em caminho já percorrido com segurança por Anderson Schreiber, devemos considerar que o juízo de merecimento da tutela por parte dos tribunais somente poderá derivar de uma análise precisa e dinâmica dos interesses contrapostos em cada conflito particular, que não resulte em aceitações gerais e pretensamente válidas para todos os casos, mas que se limite a ponderar interesses à luz de circunstâncias peculiares (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 241)

Também no que concerne a *anormalidade* do dano há que se realizar a devida complementação, vez que, como alerta Anderson Schreiber ao discorrer sobre a impropriedade do critério da gravidade da ofensa:

[...] o critério da gravidade padece de forte inconsistência. Em primeiro lugar, confunde-se freqüentemente a gravidade do dano com a gravidade da conduta do ofensor. Todavia, a mera observação da vida real demonstra que condutas graves

podem não dar margem a dano moral e que, ao contrário, condutas levemente reprováveis, ou mesmo não reprováveis de todo podem produzi-lo. [...]

Forçoso concluir, portanto, que o termo gravidade quer se referir ao dano não patrimonial em si, isto é, à lesão que a conduta do ofensor representa para a personalidade do ofendido. Ainda assim, não parece legítimo distinguir dentre tais lesões, aquelas que se apresentam como graves e, de outro lado, aquelas que assim não se apresentam, ressarcindo apenas as primeiras. Um semelhante critério não é aplicado aos danos patrimoniais, onde mesmo a lesão mais leve ao patrimônio afigura-se, em teoria, ressarcível. Ora, agir diferentemente no que no que tange aos danos não patrimoniais representaria verdadeira inversão axiológica, privilegiando o patrimônio frente à pessoa, por meio do emprego de um critério puramente quantitativo, que nenhuma base normativa encontra, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, aliás, parece evidente que a gravidade da lesão decorre, no dano extrapatrimonial, não da sua intensidade, mas do seu próprio objeto - o interesse existencial constitucionalmente tutelado. (SCHREIBER, 2009, p. 126)

Portanto, aponta o autor, deve-se perquirir se houve ofensa a interesse existencial constitucionalmente tutelado, pois, toda ofensa a um interesse dessa natureza, por ser um valor fundante do ordenamento constitucional, é, necessariamente, grave – e a gravidade, no sentido de intensidade da lesão, quando muito, deve ser critério da quantificação do dano, não de aferição de sua “indenizabilidade” (SCHREIBER, 2009, p. 127).

3.2.1.2 *Conduta danosa – ação ou omissão*

O primeiro aspecto relevante quanto a conduta danosa, para se determinar se haverá responsabilidade civil do Estado, é determinar se esse comportamento se relaciona com um Agente Público. Conforme já apontado, não se pode olvidar que, para que a conduta danosa enseje a responsabilização civil do Estado, essa deve ser atribuída à Agente Público que seja vinculado a pessoa jurídica de direito público ou a pessoa jurídica de direito privado que preste serviços públicos, e que a conduta em questão se relacione a essa qualidade – ou seja, requer-se que o comportamento (comissivo ou omissivo) que enseje o dano, se relacione com o exercício de função pública ou por essa seja oportunizado.

Se usualmente a doutrina que se ocupa da responsabilidade civil pouco se dedica a análise minudente da conduta – ao menos da análise dessa de forma apartada, considerando-a apenas quando da definição da culpa ou do nexo de causalidade. Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1038–1048) aponta que, no campo da responsabilidade civil do Estado, há necessidade de se distinguir três situações que, em razões de suas características, ensejariam a responsabilização estatal de modo diverso: (a) os casos em que o próprio ato estatal, necessariamente comissivo (positivo), acarrete o dano; (b) situações em que há o dever do Estado de evitar o dano, mas que, possibilitado por indevida omissão estatal, esse vem a se

concretizar por evento alheio ao Poder Público; (c) ocasiões em que embora o Estado não cause diretamente um dano, sua conduta ativa “cria a situação propiciatória do dano” – ou seja, em que pese seu comportamento ativo não seja causa direta e imediata do dano, é decisivo, de forma mediata, na relação causal (MELLO, 2015, p. 1038–1039).

Essa distinção, segundo o autor, decorre dos princípios inerentes ao Estado de direito e prescinde de posituação específica no texto Constitucional (MELLO, 2015, p. 1038). Enquanto nas hipóteses (a) e (c) dever-se-ia observar a responsabilidade objetiva do Estado, na hipótese (b) a responsabilidade deveria, segundo o autor, ser apurada a partir da teoria da *falta do serviço* – responsabilidade subjetiva, portanto, com presunção de culpa do Estado, mas admitindo a não responsabilização caso a Administração Pública demonstre ter procedido com a devida cautela e dentro de suas possibilidades (MELLO, 2015, p. 1038–1048).

O tratamento peculiar defendido para a hipótese de dano ensejado por omissão estatal decorre de algumas premissas, como a de que, se o Estado não agiu (ou agiu apenas de modo insuficiente), ele não poderia ser o autor do dano – esse decorreria de fato da natureza ou de comportamento material de terceiros –, sua omissão seria, portanto, tão somente condição do evento lesivo (e não causa), e, por essa razão, somente se houvesse dever legalmente imposto ao Estado de evitar o dano, esse poderia ser responsabilizado, desde que, frise-se, a partir da perspectiva da *falta do serviço* – segundo o autor, entender pela responsabilidade objetiva do Estado em casos de omissão equivaleria a erigir o Poder Público a segurador universal (MELLO, 2015, p. 1038–1048).

Com fundamentos semelhantes, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 801–804) adere a tese de que deve prevalecer a tese da responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de danos decorrentes de omissão do Poder Público, com presunção de culpa.

Sergio Cavalieri Filho (2014), diverge, pontuando que:

Em nosso entender, o art. 37, § 6º, da Constituição, não se refere apenas a atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva.

Por outro lado, o ato ilícito, na moderna sistemática da responsabilidade civil, não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo e culpa), tal como definido no art. 186 do Código Civil. Há, também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de fundamento para toda a responsabilidade objetiva, conforme ressaltamos nos itens 2.3 e 2.5.

O Estado pratica ato ilícito não só por omissão (quando deixa de fazer o que tinha o dever de fazer), como também por comissão (quando faz o que não devia fazer), v.g., na troca de tiros da polícia com traficantes acaba atingindo um cidadão que passava pelo local. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 297)

Entretanto, o autor não sustenta que toda omissão do Estado deva resultar em responsabilidade objetiva, apresentando, com base em monografia de Guilherme Couto de Castro, que o ponto central é distinguir as *omissões genéricas* do Poder Público – que “tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica” e que deverão ser apuradas consoante a *teoria da falta do serviço* – das *omissões específicas* – que ocorrem quando há “um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado” e ensejam a responsabilidade objetiva da Administração Pública (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 298).

Partindo dessa mesma classificação das omissões, Farias, Rosenvald e Netto (2017, p. 657–658) entendem de modo diverso, utilizando-a não para determinar se deve-se aplicar a responsabilidade objetiva ou subjetiva da Administração Pública, mas sim como auxílio para delimitação da existência ou não de nexos causal entre a omissão estatal e o dano suportado por terceiro, complementado pela determinação se havia ou não dever do Estado de evitar o dano – os autores entendem que a responsabilidade do Poder Público sempre será objetiva.

Assim como esses autores, Yussef Said Cahali (2007, p. 35–43), defende que a responsabilidade do Estado sempre deve ser apreciada a partir da perspectiva da responsabilidade objetiva, vez que a cláusula geral Constitucional – constante do art. 37, §6º, da Constituição de 1988 – não fez qualquer distinção entre condutas comissivas e omissivas, bastando o exame do dano e do nexo de causalidade para “filtrar” a responsabilidade do Poder Público – esses afastariam ou atenuariam a responsabilidade nos casos em que essa fosse indevida, total ou parcialmente. A diferença fundamental entre a posição de Cahali (2007) e Farias, Rosenvald e Netto (2017) é que o primeiro não se utiliza de classificação das omissões.

Poder-se-ia apresentar ainda inúmeras outras abordagens que divergem pontualmente acerca da responsabilidade do Estado por danos decorrentes de omissões, que tentam determinar critérios interpretativos a partir dos quais se averiguaria a modalidade de responsabilização e, uma vez determinado se deve-se aplicar a responsabilidade objetiva ou subjetiva, se, no caso concreto, haveria o dever do Estado de indenizar. Contudo, conforme aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 801) “a diferença entre as duas teorias [objetiva e subjetiva] é tão pequena que a discussão perde um pouco do interesse, até porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar”.

Ainda que se possa divergir da autora em razão das distintas consequências práticas que a prevalência de uma ou outra teoria teria na apreciação de casos concretos⁵⁷, mostrou-se que independentemente da corrente que se filie, para a apreciação da responsabilidade do Estado em casos de omissão é de grande relevância a determinação da existência ou não de um dever jurídico – e, caso sim, se a atuação estatal foi adequada ao cumprimento desse. Tratando-se da atuação do Estado na área da segurança pública, a omissão é de grande relevância, pois, se há décadas se aponta o impacto desproporcional dessa na vida das pessoas negras (ainda que não utilizando esse marco teórico/expressão), em todo esse tempo o Estado nada, ou muito pouco, fez para tentar reverter esse cenário – resta, portanto, a necessidade de determinar em que medida caberia ao Estado se empenhar nessa reversão, inclusive numa perspectiva de “reserva do possível”.

3.2.1.2.1 (I) Legalidade, antijuridicidade e as excludentes de ilicitude

Um aspecto de análise das condutas que deve ser aprofundado é com relação a legalidade/ilegalidade e antijuridicidade da conduta.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 797) indica que, para parcela da doutrina, o Estado só poderia responder objetivamente pelos danos decorrentes de ato antijurídico, devendo isto ser melhor elucidado. A autora pontua que, ao menos para fins de responsabilidade civil do Estado, não se pode confundir antijuridicidade com ilícito civil, pois o Estado poder ser responsabilizado civilmente pelos danos causados por seus agentes independentemente do juízo de legalidade, apresentando como exemplo os danos decorrentes de obra pública realizada de forma lícita que implique em danos a terceiros. Portanto, complementa a autora:

Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras palavras, ato antijurídico para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico. (DI PIETRO, 2016, p. 797)

A relevância dessa discussão, para fins de responsabilidade civil do Estado decorrente de atuação na segurança pública diz respeito ao fato de que, como visto, a responsabilidade do

⁵⁷ “O curioso - e de certa forma lamentável - é que na maioria dos casos a adoção de uma ou outra postura interpretativa (subjativista ou objetivista) não alteraria a solução do caso levado ao Judiciário. Dizemos isso porque o Estado, na maioria dos casos, age com algum grau de negligência - com falta de eficiência, zelo e cuidado. Há casos, porém, em que a adoção da tese objetivista na omissão pode evitar graves injustiças, pode evitar que a vítima fique desamparada.” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 653)

Estado é, em regra, objetiva – mesmo na doutrina que admite a responsabilidade subjetiva do Estado, esta se dá em hipóteses restritas, sob apuração segundo a *teoria da falta do serviço*. Nesse cenário, Tepedino, Barboza e Moraes (2014, p. 348), questionam se as previsões do art. 188, do Código Civil – que estabelecem as hipóteses de excludente de ilicitude civil –, se aplicariam a responsabilidade objetiva⁵⁸. Dentre essas excludentes se encontra a legítima de defesa e o exercício regular de direito (que para os Agentes estatais se apresenta como estrito cumprimento de dever legal) – de importância auto evidente para a segurança pública, pois policiais constantemente se veem em situações de confronto, que ensejam o exercício de legítima defesa própria ou de terceiros ou que impõe o uso da força para estrito cumprimento de dever legal.

Contrariamente ao questionamento feito por Tepedino, Tepedino, Barboza e Moraes (2014, p. 348), Cahali (2007, p. 53–55) aponta a legítima defesa como desqualificadora do dever de indenizar, pois “[o] dano não se qualifica juridicamente como injusto, e, como tal, não legitima a responsabilidade objetiva do Estado, se encontra a sua causa exclusiva no procedimento doloso ou gravemente culposo do próprio ofendido”. Apesar de o autor elencar a legítima defesa dentre as hipóteses de descaracterização do dano indenizável, denota-se que o julgado mencionado pelo mesmo utiliza outro argumento para o afastamento da responsabilidade civil do Estado, qual seja, a legalidade do ato defensivo – ou seja, trata-se, explícita ou implicitamente, de aplicação do art. 188, I, do Código Civil. Em sentido semelhante e complementar, Farias, Rosenvald e Netto (2017) pontuam que:

Quem pratica um ato em legítima defesa pratica um ato lícito (CC, art. 188, I). o Código Civil explicitamente afastou a ilicitude do ato. Sob o prisma civil, haverá dever de indenizar, se alguém, agindo em legítima defesa, causou um dano a outrem? A resposta será: depende. Se o dano foi causado ao próprio agressor, não haverá dever de indenizar. Se, porém, a vítima, ao exercer a legítima defesa, atinge outra pessoa que não o agressor (*aberratio ictus*), haverá dever de reparar o dano (CC, art. 930, parágrafo único) (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 629)

Ocorre que a legítima defesa possui diversas modalidades, dentre as quais cabe destacar a *legítima defesa putativa* – decorrente de “situações imaginárias produzidas por representações errôneas da realidade, mas justificadas plenamente pelas circunstâncias, [...] na forma do art. 20, § 1º, CP” (SANTOS, 2020, p. 253) –, que, ainda que afaste a responsabilidade penal e o dano seja causado ao (suposto) “agressor”, subsistirá o dever de indenizar, pois, como

⁵⁸ “Além disto, embora não configurem ato ilícito, nada indica que os atos praticados em legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular de um direito não sejam capazes de gerar responsabilidade objetiva, nos casos e la que ela for aplicável.” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014, p. 348)

aponta Coêlho (2011, p. 40) “apenas a legítima defesa real exclui o dever de indenizar o agressor”. Pontua-se ainda que isso decorre do fato de que sequer é possível afirmar que a *legítima defesa putativa* derrua a ilicitude da conduta, pois essa é uma hipótese de *exculpação legal* ou de *erro de tipo permissivo* – que são afeitos a culpabilidade, não a ilicitude (BITENCOURT, 2018, p. 435–436; SANTOS, 2020, p. 251; TAVARES, 2020, p. 521–522). Essa posição foi corroborada pelo STJ quando do julgamento do REsp 1.266.517-PR, julgado em 04/12/2012, cujo acórdão é de lavra e relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, tendo a Ementa do julgado o seguinte teor:

CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPAROS DE ARMA DE FOGO PROVOCADOS POR POLICIAIS MILITARES. LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA RECONHECIDA NA ESFERA PENAL. FALECIMENTO DA VÍTIMA. DANOS MORAIS SUPORTADOS PELO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO PELOS DANOS CIVIS.

1. Segundo a orientação jurisprudencial do STJ, a Administração Pública pode ser condenada ao pagamento de indenização pelos danos cíveis causados por uma ação de seus agentes, mesmo que consequentes de causa excludente de ilicitude penal: REsp 884.198/RO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 23.4.2007; REsp 111.843/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 9.6.1997.

2. Logo, apesar da não responsabilização penal dos agentes públicos envolvidos no evento danoso, deve-se concluir pela manutenção do acórdão origem, já que eventual causa de justificação (legítima defesa) reconhecida em âmbito penal não é capaz de excluir responsabilidade civil do Estado pelos danos provocados indevidamente a ora recorrida.

3. Recurso especial não provido.
(BRASIL, 2012)

Em sentido semelhante, o estrito cumprimento de dever legal não implica, necessariamente, na exclusão da responsabilidade civil, como se extrai da doutrina:

O estrito cumprimento de dever legal pressupõe agente público em sentido amplo. O que dissemos em relação ao exercício regular de direito também se aplica aqui. Estamos diante de uma excludente de ilicitude, não de uma excludente de responsabilidade civil. O ato do agente público, mesmo que lícito, pode dar causa à reparação civil. Helena Elias Dias esclarece que "há, sim, responsabilidade civil do Estado por comportamento lícito, porque a ilicitude não é requisito para a configuração do dever de indenizar." A doutrina, a propósito, é unânime no sentido da responsabilidade civil do Estado poder decorrer de atos lícitos.

O estrito cumprimento de dever legal é uma excludente de ilicitude, digamos assim, pouco simpática. É que ela é invocada, muitas vezes, para encobrir abusos - seja das forças armadas durante o período de exceção, seja da polícia de hoje. Obviamente, a excludente não se presta para encobrir esses detestáveis ilícitos. E mesmo nos casos em que haja, de fato, estrito cumprimento do dever legal, ainda assim pode se configurar o dever de indenizar por parte do Estado. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 631)

3.2.1.3 Nexo de causalidade

Anderson Schreiber (2009, p. 53) define o nexo de causalidade como “o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente consequência do outro”, sendo essencial diferenciar um nexo jurídico de uma causalidade natural ou lógico, “no sentido de que nem tudo que, no mundo dos fatos ou da razão, é considerado como causa de um evento pode assim ser considerado juridicamente em sentido semelhante”, sob pena de incorrer em uma responsabilidade civil desmensurada. Em sentido semelhante, Farias, Rosenvald e Netto (2017, p. 656) apontam que nos casos de omissão estatal, se evidencia que a relação causal é “um vínculo lógico-normativo”. Os autores confluem em apontar que o nexo de causalidade é o aspecto mais delicado da responsabilidade civil, e, em grande parte, dependente da apreciação subjetiva do julgador (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 654–656; SCHREIBER, 2009, p. 53–61).

Em complementação a essa definição inicial, pode-se pontuar que:

[...] a causalidade física é suplantada por uma causalidade jurídica, normativa, na qual a identificação da causalidade não resultará propriamente de um liame entre o dano e um fato, mas sim entre o evento lesivo e o fator de atribuição previamente selecionado pelo legislador. Ou seja, ao invés de qualificarmos o nexo como um elemento factual, devemos lhe emprestar uma qualificação jurídica, para selecionar quais são os danos reparáveis e em face de quem será atribuída a obrigação de indenizar. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 406)

Na legislação brasileira, deriva-se do art. 403⁵⁹, do Código Civil, que regula expressamente a responsabilidade contratual, que no país vigoraria, em relação ao nexo causal, a *teoria do dano direto e imediato*, também conhecida como *teoria da interrupção do nexo causal* – apesar do dispositivo expressamente dispor sobre responsabilidade contratual, mesmo sob a égide da codificação de 1916 os Tribunais Superiores já entendiam que a disposição à época equivalente ao atual art. 403, do Código Civil, o art. 1.060 do Código Civil de 1916, que este se aplicava também à responsabilidade extracontratual (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 655–656; SCHREIBER, 2009, p. 58–59).

Essa teoria, aponta Schreiber (2009, p. 58) “em sua formulação mais simples, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva”. Em decorrência dessa formulação aparentemente simples, que se desvincula de noções abstratas como “eficiência causal” ou “normalidade social”, possibilita-se a restrição da relação de causalidade – da atribuição de relevância ao

⁵⁹ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” (BRASIL, 2002)

comportamento humano –, para fins de responsabilização civil, às ocorrências ensejadoras mais próximas e diretas do dano, exurgindo daí, como uma das próprias designações da teoria aponta, as causas interruptivas do nexo causal, que seria uma “causa nova”, “um acontecimento inevitável que romperá o nexo causal da cadeia originária”, sendo esse segundo processo causal independente do primeiro, iniciando uma nova cadeia de causalidade (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 419).

O efeito do surgimento dessa nova cadeia, que rompe totalmente ou concorre na relação de causalidade com o comportamento imputado ao Agente na causação do dano, excluem total (por exclusão do nexo causal) ou parcialmente (em caso de concausas ou culpa concorrente) a obrigação de indenizar. Os fatos que interrompem a relação de causalidade ou concorrem na causação do dano podem decorrer, segundo a doutrina: de culpa ou fato da vítima e/ou culpa ou fato de terceiro – que podem incidir de forma parcial – e força maior ou caso fortuito (que excluem a relação de causalidade) (DI PIETRO, 2016, p. 798–799; FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 419–435).

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 799), “força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes como uma tempestade, um terremoto, um raio” e “caso fortuito – que não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado – ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração”. Como se infere, para fins de responsabilização do Estado, enquanto a força maior, por não ser imputável a Administração, afasta a responsabilidade do Estado, o caso fortuito não derruiria o nexo causal para o Estado, remanescendo a obrigação de indenizar o dano. Já fato/culpa de terceiro e da vítima, como a designação indica, ocorre quando a participação de um terceiro ou da própria vítima ilide a obrigação de indenizar, seja por excluir o nexo causal, seja pela concorrência de causas⁶⁰ – respectivamente, ilidem total ou parcialmente a obrigação –, pois é a conduta desses, e não do Agente – ou ao menos não somente desse – “a causa necessária à produção dos danos” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 431).

Pertinente apontar que não se deve confundir a interrupção ou exclusão do nexo causal com as excludentes de ilicitude, pois, enquanto as excludentes que incidem sobre a relação causal, necessariamente, derruem totalmente a responsabilização (ou há diminuição

⁶⁰ “A causalidade múltipla não é excludente do nexo causal, mas uma forma de partição de danos diante de dois ou mais fatos geradores. [...] Ora, não por outra razão que há muito Pontes de Miranda já anunciava que culpas não se compensam e que cumpre apenas verificar a medida da participação do ofendido para o dano, pois a relação de causalidade entre o dano e o fato pelo qual outrem é responsável é apenas a do dano causado menos aquele que se liga ao ato do ofendido.” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 429)

proporcional pela concorrência de causas), no caso das excludentes de ilicitude a obrigação de indenizar pode subsistir, inclusive por força de expressa previsão legal, como exemplifica a combinação do art. 188⁶¹, com os arts. 929⁶² e 930⁶³, todos do Código Civil (DI PIETRO, 2016, p. 797–798; FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 420).

Entretanto, apesar de ter sido adotada em inúmeras decisões do STF e do STJ, a *teoria da causalidade direta*, em razão da rigidez dessa teoria, percebida como demasiado restritiva “especialmente em casos nos quais a causa indireta do prejuízo associava-se à causa direta de modo muito intenso”, logo ela foi mitigada, originando a *subteoria da necessariidade causal* (SCHREIBER, 2009, p. 59–60). Essa subteoria resultaria da “submissão do artigo 403 [do Código Civil] à regra da proporcionalidade” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 416), sendo uma interpretação substancial das expressões *dano direto e imediato*, extrapolando a simples aferição sobre proximidade, donde decorreria que há dever de reparar “quando o evento danoso for efeito necessário de determinada causa” (SCHREIBER, 2009, p. 60).

Importa destacar que, como já aludido, tanto o nexos causal quanto a culpa eram – e em certa medida são ainda – compreendidos como “filtros” das demandas reparatórias, afastando aquelas que seriam infundadas. Contudo, como aponta Schreiber (2009) em sua obra, esses filtros gradativamente têm sido erodidos, em uma expansão do dever de reparar à vítima – erosão esta não só por força da doutrina, mas, possivelmente, com impulso jurisprudencial mais acentuado. Nesse cenário, aponta-se:

Se o panorama doutrinário comporta oscilações na preferência entre uma ou outra teoria, na jurisprudência brasileira a situação é ostensivamente ciclotímica, pois os tribunais costumemente proclamam a adoção de uma teoria, quando na verdade se valem dos fundamentos de outra, evidenciando um voluntarismo na busca do critério que melhor se adapte à resposta que já foi intuitivamente encontrada antes de se partir para a fundamentação da decisão. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 418)

Destacar o voluntarismo judicial no reconhecimento – ou na negação – da existência de nexos causal para fins de reconhecimento de responsabilidade civil é fulcral, pois, como pontua Schreiber (2009):

⁶¹ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.”

(BRASIL, 2002)

⁶² “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.” (BRASIL, 2002)

⁶³ “Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).” (BRASIL, 2002)

Mais que isso, verifica-se, muitas vezes, que, mesmo na absoluta ausência de nexo causal sob a ótica de qualquer das teorias doutrinariamente reconhecidas, as cortes acabam condenando o responsável de modo a não deixar a vítima sem reparação. Interferem aí fatores os mais variados, de cunho mais político, moral e ideológico do que técnico, e que tornam verdadeiramente imprevisível o resultado de certas demandas. (SCHREIBER, 2009, p. 64–65)

Ainda que a inquietação do autor civilista seja com relação a falta de sistematicidade dogmática dada a matéria pelos tribunais, recaindo em ampla discricionariedade judicial e na falta de segurança jurídica⁶⁴, o apontamento de fatores como a política, moral e ideologia incidindo na decisão acerca da reparação à vítimas de danos é de importância central e será oportunamente retomada – em sentido diverso, a partir da *hermenêutica do oprimido* propugnado por Moreira (2020) e desenvolvida no capítulo anterior do presente trabalho –, sendo especialmente relevante a conjugação desse elemento voluntarista com a preocupação que assombra parcela da doutrina administrativista de não tornar o Estado um “segurador universal”.

3.2.1.4 Culpa (na responsabilidade subjetiva)

O último, mas não menos importante, pressuposto da responsabilidade civil é a culpa. Ainda que seu uso seja cada vez menos frequente pela tendência de objetivação⁶⁵ da responsabilidade civil, a influência da culpa – e seus aspectos de individualidade⁶⁶ e

⁶⁴ A intrigante obra de Schreiber (2009) tem dentre suas primeiras assertivas os seguintes parágrafos “[...] Não é, de fato, animadora a anárquica variedade de entendimentos e interpretações que permeiam o tratamento judicial do instituto, gerando, não raro, soluções díspares para hipóteses idênticas. Ao contrário das regras estáveis e seguras que viriam sugeridas pela importância e utilidade da responsabilidade civil, o que se tem é ‘um terreno movediço, caracterizado pela incerteza e pela mutabilidade.

Uma verdadeira loteria de indenizações, eis o que teria se tomado, na opinião de Patrick Atiyah, a responsabilidade civil contemporânea. Os resultados das ações judiciais de reparação desafiam, diariamente, as previsões de advogados e especialistas. As cortes distanciam-se, cada vez mais, das bases teóricas do instituto. A aleatoriedade dos julgados converte o ensino da responsabilidade civil em uma espécie de fábula; 4 ao mesmo tempo em que o misonéismo dos manuais conserva estudantes e professores em um isolamento inaceitável do cotidiano judicial. O diálogo entre doutrina e jurisprudência lembra, nesta matéria, uma babel de idiomas desconexos, em que não se chega a qualquer resposta por total desacordo sobre as perguntas.” (SCHREIBER, 2009, p. 3)

⁶⁵ “Não por outra razão, o Código Civil brasileiro de 2002 converteu em hipóteses de responsabilidade objetiva inúmeras situações de culpa presumida a que a jurisprudência vinha dando tratamento rigoroso. [...] Vislumbra-se, assim, uma nítida objetivação das hipóteses de responsabilidade subjetiva com culpa presumida, seja por força da prática jurisprudencial, seja em virtude da atuação expressa do legislador. Tal tendência não é privativa da experiência brasileira. Por toda parte, as presunções de culpa vêm sendo empregadas de forma cada vez mais abrangente e rigorosa, de modo a reduzir ao máximo a importância da culpa, chegando-se, muitas vezes, a uma responsabilização de tipo objetivo” (SCHREIBER, 2009, p. 32–33)

⁶⁶ “De início, a dificuldade de demonstração da culpa atendia, em boa medida, ao interesse liberal que rejeitava a limitação da autonomia privada, salvo nas hipóteses de uso flagrantemente inaceitável da liberdade individual” (SCHREIBER, 2009, p. 17)

moralização⁶⁷ –, até em razão de ser uma das gêneses do campo, ainda é bastante presente⁶⁸ – muito se aponta a necessidade de revisão dos institutos fundamentais da responsabilidade civil para adequação desses a realidade social complexa que se tenta tutelar⁶⁹.

Farias, Rosenvald e Netto (2017, p. 191–192) apontam que a culpa, na sistematização oitocentista da responsabilidade civil, assume seus contornos jurídicos primordiais em meio a uma lógica econômica liberal, de cariz fortemente individualista, e a compreensão desse conceito à época, que remetia ao “mau uso da liberdade individual” e era perquirida a partir da “medida do bom senso” – em uma acepção individual e psicologizada –, acabavam por acarretar a improcedência da esmagadora maioria das demandas de reparação civil – recebendo a alcunha de “prova diabólica”. Os autores pontam que o trinômio “negligência, imprudência e imperícia” surgem já nesses períodos iniciais da compreensão jurídica do conceito, visando expressar inclusive a reprovação moral/espiritual do ato culposo, mas que passa a ser paulatinamente derruída para dar lugar a uma concepção normativa de culpa – na qual se avalia a conduta a partir de padrões abstratos (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 193).

Cavaliere Filho (2014), expondo sentidos jurídicos mais atuais do conceito de culpa assevera que:

A palavra culpa é tomada, em direito, em pelo menos três sentidos distintos. Culpa no sentido de culpabilidade, culpa em sentido amplo (lato sensu), e culpa em sentido estrito (stricto sensu). Culpabilidade, não é demais lembrar, é o juízo de censura, juízo final de reprovação que recai sobre alguém considerado culpado pela prática de um ato ilícito. Agir culpavelmente significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do Direito. Mas só merece esse juízo de reprovação, repita-se, o agente que, em face das circunstâncias concretas, podia e devia ter agido de outro modo.
[...]

⁶⁷“A atribuição, em maior ou menor grau, de um caráter moral à noção de culpa influenciou profundamente a construção do sistema moderno de responsabilidade civil, assegurando uma justificativa ética ao próprio dever de indenizar, que encontra sua mais célebre abordagem na lição de Ripert: “como a obrigação moral de não causar prejuízo existe para com o próximo, a vítima é titular dum direito à reparação e é um direito subjetivo que figura no seu patrimônio e que pode transmitir em certas condições. Existe de fato ‘um poder próprio da vontade humana’; é o poder de exigir o cumprimento do dever moral da reparação” (RIPERT *apud* SCHREIBER, 2009, p. 16)

⁶⁸ “A culpa é elemento nuclear da responsabilidade civil e justificativa filosófica da teoria subjetiva. Ela ocupa papel nevrálgico na etiologia do ilícito, pois quando a ele fazemos alusão, sempre estarão compreendidos os modelos da culpa e do dolo. Com base em tal imbricação, a responsabilidade civil sempre foi uma responsabilidade subjetiva.”

Em clássica obra, intitulada *Skyld, ansvar og straf* (culpa, responsabilidade e pena), Alf Ross afirma que este trinômio vem ocupando a mente dos seres humanos em todos os tempos, tratando-se de conceitos comuns ao direito e à moral, que, apesar da diversa reação punitiva, nos dois setores se relacionam da mesma forma: a culpa condiciona a responsabilidade e a responsabilidade condiciona a pena.” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 190)

⁶⁹“Desse modo, entendemos necessário lançar um novo olhar sobre os outros requisitos da responsabilidade civil, mormente sobre os conceitos de causalidade e de dano, para que o referido princípio solidarista, polarizado para a reparação da vítima, em face da nova realidade social, econômica e tecnológica, seja realmente efetivado” (SILVA, 2013, p. 6)

Chegamos, desta forma, a noção de culpa em sentido amplo (*lato sensu*), abrangente de toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso de dolo, ou tencional, como na culpa. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 45)

O autor aponta que em sentido estrito a culpa seria “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 50). O dolo, por sua vez, diferencia-se da culpa por ser uma conduta intencional, com “a vontade conscientemente dirigida a produção de um resultado ilícito”, que pode se dar por ato comissivo ou omissão (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 46).

Essa diligência exigível, que avalia o grau de cuidado do sujeito na situação concreta, é sopesada com base na consideração abstrata do padrão de conduta medianamente exigível de pessoas com características semelhantes – “base intelectual, praticante da mesma atividade em certo tempo e local” –, em situação similar, considerando os elementos internos e externos da situação (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 195). Evidencia-se que não há um padrão uno de conduta, ou um sujeito médio universalmente aplicável (quer no tempo, espaço ou nas diversas situações), deve-se considerar a conduta desejada dentro dos padrões específicos da situação, e, na construção dos *standards* a serem considerados os Tribunais devem observar:

[...] diretrizes emitidas por associações profissionais, de códigos de conduta e de oitiva de assistentes judiciais especializados. Desta maneira não há mais necessidade de descermos às particularidades de cada indivíduo, para descobrirmos se a sua estrutura psíquica comportava a aptidão para atender a determinado padrão de comportamento. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 195)

Para fins do presente trabalho não há necessidade de se aprofundar ainda mais em especificidades do conceito de culpa e suas múltiplas classificações, sendo pertinente apenas apontar que, para fins de valoração do *quantum* reparatório, é pertinente a determinação da gradação da culpa, que pode ser classificada em lata, leve, levíssima, grave e dolo (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 199–203). Ademais, há que se destacar a possibilidade de culpa presumida – como a hipótese de *falta do serviço*, da doutrina publicista da responsabilidade do Estado, conforme já destacado. A culpa presumida consiste em uma técnica processual de inversão do ônus da prova, sendo essa culpa presumida de forma relativa, *juris tantum*, cabendo “ao agente refutar o liame entre o seu comportamento irresponsável e a lesão injusta sofrida pelo ofendido” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 196–197).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL E O DEVER DE COMBATER O *RACIAL BIAS* NA SEGURANÇA PÚBLICA

4.1 A REALIDADE DA ATUAÇÃO ESTATAL NA SEGURANÇA PÚBLICA – IMPACTO DESPROPORCIONAL E RACIAL BIAS

Tentar transmitir a realidade da segurança pública é historicamente uma árdua tarefa. Já em 1989, Dora Lucia de Lima Bertulio denunciava, em sua dissertação de mestrado, que:

A Polícia Militar é extremamente fechada para as pesquisas que, de alguma forma possa por em risco a sua sólida estrutura institucional. A disciplina e o zelo pela manutenção de sua hegemonia e hierarquia internas têm sido "louvada" como o esteio das corporações militares. Daí que penetrar nas entranhas das Polícias estaduais para retirar, ou melhor, detectar a carga racista e o direcionamento para o alvo preferencial de suas ações, o negro, é tarefa de Titãs. (BERTULIO, 1989, p. 189–190)

Cerca de 30 anos após o trabalho magistral de Bertulio, Poliana da Silva Ferreira, também em dissertação de mestrado, após realizar extensa exposição sobre o panorama numérico da violência a que está sujeita a população negra decorrente da atuação das forças de segurança pública, pontua, com base na literatura especializada, que:

Assim, a lista de barreiras enfrentadas pelos pesquisadores e pesquisadoras que se interessam em compreender as abordagens policiais com resultado morte é extensa. Em síntese, essas barreiras corroboram com o desconhecimento generalizado das polícias, das políticas de segurança pública, da atuação do sistema de justiça e das relações entre estas instâncias, o que compromete a capacidade do próprio Estado de entender, inovar e aperfeiçoar as práticas das instituições de controle das abordagens policiais com resultado morte como fenômeno macro (FORUM DE SEGURANÇA PÚBLICA *apud* FERREIRA, 2019, p. 39)

Ou seja, apesar das três décadas que separam os trabalhos, a opacidade da segurança pública e de todas as instituições que nela se empenham remanesce inalterada. Apesar da opacidade institucional, a autora complementa que:

Mesmo diante desse cenário, importantes indicadores vêm sendo construídos por atores que, apesar de não integrarem o sistema de justiça, têm contribuído para a produção e divulgação de dados relativos à letalidade policial e ao seu tratamento do ponto de vista institucional, a exemplo do Instituto Sou da Paz e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. (FERREIRA, 2019, p. 39)

No presente trabalho, a partir dos dados compilados por essas instituições, bem como a partir de pesquisas científicas, delinear-se-á como a atuação do sistema de justiça é racialmente direcionada, mormente a partir de 3 “eixos”: dos dados das *mortes decorrentes de intervenção policial* no Brasil, compilados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública;

corroborados e complementados pelos estudos sobre o *perfilamento racial* na atuação das forças policiais; e por fim, pela análise dos relatórios sobre *reconhecimentos fotográficos em sede policial* elaborados por Defensorias Públicas.

Iniciando por um panorama geral da violência contra pessoas negras, aponta-se, com base em dados do Atlas da Violência de 2021, que em 2019 “os negros (soma dos pretos e pardos da classificação do IBGE) representaram 77% das vítimas de homicídios, com uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 29,2”, enquanto, comparativamente, “entre os não negros (soma dos amarelos, brancos e indígenas) a taxa foi de 11,2 para cada 100 mil” (CERQUEIRA, 2021, p. 49). Conforme pontuam os autores, os dados indicam que a chance de um negro ser assassinado é 2,6 vezes superior do que a de uma pessoa não negra o ser, e ainda, pode-se afirmar que “a taxa de violência letal contra pessoas negras foi 162% maior que entre não negras” (CERQUEIRA, 2021, p. 49). Quando se insere um recorte de gênero, a disparidade se mantém, pois “as mulheres negras representaram 66,0% do total de mulheres assassinadas no Brasil, com uma taxa de mortalidade por 100 mil habitantes de 4,1, em comparação a taxa de 2,5 para mulheres não negra” (CERQUEIRA, 2021, p. 49).

Há disparidade até na redução do número de homicídios ocorrida na última década:

Entre 2009 e 2019, as taxas de homicídio apresentaram uma diminuição de 20,3%, sendo que entre negros houve uma redução de 15,5% e entre não negros de 30,5%, ou seja, a diminuição das taxas homicídio de não negros é 50% superior à correspondente à população negra. Se considerarmos ainda os números absolutos do mesmo período, houve um aumento de 1,6% dos homicídios entre negros entre 2009 e 2019, passando de 33.929 vítimas para 34.446 no último ano, e entre não negros, por outro lado, houve redução de 33% no número absoluto de vítimas, passando de 15.249 mortos em 2009 para 10.217 em 2019 (CERQUEIRA, 2021, p. 49)

Especificamente sobre a violência policial, como se extrai do texto “As mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil em 2020”, constante do Anuário de 2021 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, “[e]m 2020 o país atingiu o maior número de mortes em decorrência de intervenções policiais (MDIP) desde que o indicador passou a ser monitorado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública”, no último ano tiveram “6.416 vítimas fatais de intervenções de policiais civis e militares da ativa, em serviço ou fora, as polícias estaduais produziram, em média, 17,6 mortes por dia” (BUENO; MARQUES; PACHECO, 2021, p. 59). O crescimento observado, apontam os autores, é da ordem de 190%, obtemperando que esse dado “precisa ser matizado pela melhoria da informação e da transparência a partir da cobrança da sociedade civil” (BUENO; MARQUES; PACHECO, 2021, p. 59). Mesmo com essa consideração, apontam que:

Ainda assim, não deixa de chamar a atenção o crescimento das mortes por intervenções policiais em um ano marcado pela pandemia, pela reduzida circulação de pessoas, pela redução expressiva de todos os crimes contra o patrimônio, e pela queda de 31,8% nas mortes por intervenções policiais no Rio de Janeiro, que passaram de 1.814 em 2019, maior número da série histórica, para 1.245 em 2020, número ainda elevado, mas que passou a cair a partir do meio do ano quando da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 635, que limitou operações policiais nas comunidades cariocas. (BUENO; MARQUES; PACHECO, 2021, p. 59)

Importa consignar que os autores apontam que há marcadores regionais, de modo que os problemas mais acentuados estão concentrados regionalmente e não necessariamente podem ser generalizados para todo o país. Conforme apontam, as mortes decorrentes de intervenção policial registradas “ocorreram, majoritariamente, em serviço e com participação de policiais militares”, esses foram “autores de 72,7% das mortes, enquanto policiais civis foram responsáveis por 2,8% dos casos em 2020 - em 24,5% dos casos a informação sobre a autoria não estava disponível” e “71,8% dos casos de morte decorrente de intervenção policial ocorreram em serviço e apenas 3,7% se deram fora de serviço - para 24,5% dos casos esta informação não estava disponível” (BUENO; MARQUES; PACHECO, 2021, p. 60).

Os pesquisadores ressaltam que apesar de os policiais possuírem ampla margem de discricionariedade na sua atuação, sendo que a possibilidade de uso da força – inclusive letal, quando necessário – sempre se faz presente, isso não implica que esses tenham um “cheque em branco” – “assim como não é correto afirmar que toda ação policial que resultou em morte é ilegal ou ilegítima, tampouco é prudente afirmar que todas as ações foram legais sem que tenham sido devidamente apuradas” (BUENO; MARQUES; PACHECO, 2021, p. 60). Aplicando aos dados os principais critérios utilizados por pesquisadores que se dedicaram ao tema da violência policial, os autores concluem que: (I) “A letalidade produzida pela polícia corresponde, em média, por 12,8% de todas as mortes violentas intencionais no país, mas este indicador varia muito de uma localidade para outra” (BUENO; MARQUES; PACHECO, 2021, p. 63); (II) “No último ano, para cada policial morto, em serviço ou fora, foram mortas 33,1 pessoas”, sendo que, em que pese as dificuldades para estabelecer uma proporção aceitável “Loche (2010) afirma que o Federal Bureau of Investigation (FBI) trabalha com a proporção de 12 civis mortos para cada policial morto; Chevigny (1991) sugere que quando essa proporção é maior do que 15, então, a polícia está abusando do uso da força letal” (BUENO; MARQUES; PACHECO, 2021, p. 63).

Ou seja, antes mesmo de se adentrar o perfil das vítimas é visível que (a) há uma tendência de crescimento do número de vítima de intervenção policial, e (b) que a partir dos critérios adotados por pesquisadores especializados, inclusive internacionais, os números

indicam considerável abuso da força letal por parte das polícias. Com relação ao perfil das vítimas, inicia-se apontando que 98,4% dessas eram homens, cabendo pontuar que “o percentual de mulheres entre as vítimas dobrou, saltando de 0,8% (2019) para 1,6% (2020)”, ademais, analisando-se as estatísticas de 2020 “encontramos que 78,9% das vítimas eram negras no último ano”, resultado bastante semelhante ao ano anterior, quando se havia concluído que “79,1% das vítimas eram negras” (BUENO; MARQUES; PACHECO, 2021, p. 66–67).

Os autores apontam que esse perfil e alta proporção não se restringe aos últimos 2 anos, indicando que a “estabilidade da desigualdade racial inerente à letalidade policial ao longo das últimas décadas retrata de modo bastante expressivo o déficit de direitos fundamentais a que está sujeita a população negra no país” (BUENO; MARQUES; PACHECO, 2021, p. 67). Apesar de serem 56,3% da população brasileira, os negros são 78,9% das vítimas da letalidade policial, sendo que a taxa de letalidade dessa parcela da população decorrente das intervenções policiais é de 4,2 vítimas a cada 100 mil, enquanto entre a parcela branca da população ela é de 1,5 a cada 100 mil, “o que equivale a dizer que a taxa de letalidade policial entre negros é 2,8 vezes superior à taxa entre brancos” (BUENO; MARQUES; PACHECO, 2021, p. 67). É relevante ainda destacar o recorte etário, pois “76% das vítimas possuíam entre 0 e 29 anos, com maior prevalência entre jovens de 18 a 24 anos (44,5%)” (BUENO; MARQUES; PACHECO, 2021, p. 68).

Em complementação aos dados sobre violência policial, que apontam de modo evidente a desproporcional afetação da população negra pela intervenção policial, é de extrema pertinência a análise das conclusões do estudo “A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais”, elaborado por Sinhoretto *et. al.* para a coleção “Pensando a Segurança Pública”, v.5, de 2014, do Ministério da Justiça. Essa pesquisa teve como objetivo “investigar a existência de mecanismos de filtragem racial na abordagem policial e as respostas institucionais construídas pelas polícias militares”, tendo sido desenvolvida em quatro unidades federativas – São Paulo, Rio de Janeiro, Distrito Federal e Minas Gerais (SINHORETTO *et al.*, 2014, p. 121). Segundo os próprios autores, o principal achado do estudo “foi a constatação, nos estados estudados, da existência da filtragem racial na abordagem policial, ou seja, a racialização das relações sociais no Brasil se expressa de maneira contundente no campo da segurança pública” (SINHORETTO *et al.*, 2014, p. 121)

Utilizando dados das prisões em flagrante ocorridas no estado de São Paulo no ano de 2012, os autores concluem que, a despeito de a população negra representar 34,8% da população paulista, enquanto brancos representam 63,7%, os negros são 54,1% dos presos em

flagrante no estado, enquanto brancos são 42,9% (SINHORETTO et al., 2014, p. 125–127). Há, portanto, uma sobrerrepresentação da população negra, que é melhor explicitada a partir do cálculo da taxa de presos em flagrante nesse ano proporcionalmente à população residente no estado com 18 anos ou mais, em grupo de cor/raça, donde se retira que “para cada grupo de 100 mil habitantes brancos, 14 são presos, enquanto que para cada 100 mil habitantes negros, 35 são presos” (SINHORETTO et al., 2014, p. 127).

Com base em dados relativos a mortos em decorrência de intervenção policial no estado do Rio de Janeiro, entre 2008 e 2012, à época ainda classificados como “auto de resistência”, os autores apontam que enquanto “a porcentagem de negros na população fluminense é de 52%, ao passo que a de brancos é de 47%” a porcentagem de brancos mortos pela polícia é de apenas 21%, enquanto a de negros corresponde a 79% (SINHORETTO et al., 2014, p. 128). Assim como no panorama traçada a partir dos dados do Fórum de Segurança Pública, demonstra-se que as mortes decorrentes de intervenção policial se concentram em ampla maioria no grupo de jovens negros, com cenário semelhante aos ora apontados nas demais unidades federativas em que o estudo foi conduzido.

Os autores do estudo apontam que a precariedade dos dados de segurança pública são um entrave importante para o monitoramento e aprimoramento das políticas de segurança pública⁷⁰, mas que, contudo, a partir da análise dos dados coletados é possível concluir que há evidente filtragem racial na atuação policial, sendo isso tanto mais evidente quanto maior o número de mortes decorrentes da ação policial – como apontam os dados do estado do Rio de Janeiro, em que há disparidade brutal no impacto da segurança pública sobre a população branca e a população negra –, mas não restringindo a filtragem a letalidade, tendo se demonstrado como essa permeia toda a vigilância policial, que é operada de modo racializado (SINHORETTO et al., 2014, p. 131–132).

O terceiro eixo supra apontado, relativo a dados sobre reconhecimento fotográfico em sede policial oriundos de levantamentos feitos por defensorias públicas, fornece indícios a partir dos quais é possível concluir que há participação de todas as instituições que atuam na segurança pública no cenário de afetação sobrerrepresentada à população negra em decorrência

⁷⁰ Em sentido convergente, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o Laboratório de Análise da Violência (LAV-UERJ) (2021, p. 352–379) concluem, em pesquisa que consta do Anuário de 2021 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública acerca da qualidade dos dados, que: “Apesar de algumas Unidades da Federação terem obtido um bom resultado na avaliação de qualidade dos dados de homicídios, é possível concluir que ainda é necessário muito investimento para melhorar a validade e confiabilidade dos dados, de forma a poder formular políticas públicas de prevenção e redução de homicídios. Em uma análise geral verificamos que os principais problemas são relativos a Informações Perdidas e Convergência entre Fontes.” (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; LABORATÓRIO DE ANÁLISE DA VIOLÊNCIA (LAV-UERJ), 2021, p. 365)

das políticas de segurança pública. Esses dados foram coletados primeiramente pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPERJ), no ano de 2020, em que se solicitou aos defensores públicos a remessa de casos com base nos seguintes requisitos: “o reconhecimento pessoal em sede policial ter sido feito por fotografia; o reconhecimento não ter sido confirmado em Juízo; a sentença ter sido absolutória” (DPERJ, 2020, p. 1). Chegou-se então ao número de 58 casos com essas características – e apenas 20% dos acusados que figuravam nesses processos eram brancos. Há ainda registro que em 86,2% dos casos houve decretação de prisão preventiva, com duração média de 277 dias – cerca de 9 meses e 7 dias (DPERJ, 2020, p. 2) – ou seja, na esmagadora maioria dos casos em que houve erro decorrente de reconhecimento fotográfico em sede policial, pessoas negras foram presas preventivamente (em um caso, por mais de 3 anos).

Cenário semelhante foi apontado em relatório elaborado pela Comissão Criminal do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais (CONDEGE), elaborado com base em casos encaminhados por defensores públicos de vários estados, a pedido do órgão, com critérios idênticos aos estabelecidos pela DPERJ quando da elaboração de seu relatório. Foram recebidos 28 processos, com 32 acusados e, dentre esses, nos casos em que havia a informação, 83% dos acusados eram negros, e há registro de decretação de prisão em 19 casos, 60% do total, com duração média de 281 dias – aproximadamente 9 meses (CONDEGE, 2021). Apesar dos números modestos, é importante frisar que esses relatórios apontam uma tendência preocupante, que envolve não só as polícias, como ainda promotorias e judiciário, que, respectivamente, apresentam denúncia com base em parco acervo probatório e decretam prisões preventivas.

Esse cenário é complementado por relatório realizado pela Defensoria Pública do estado de Santa Catarina (DPESC), que se inicia explicando que o reconhecimento de pessoas é “um meio de prova penal pelo qual, em geral, a vítima ou a testemunha é chamada a indicar, dentre um grupo de pessoas semelhantes colocadas à sua frente, se alguma delas é a mesma pessoa vista cometendo o crime em apuração”, sendo regulado pelos arts. 266 e 228, do Código de Processo Penal no país, e que o reconhecimento fotográfico, por sua vez, não possui previsão legislativa, mas é prática corriqueira, sobretudo nas Delegacias de Polícia – prática que é referendada e aceita pelos Tribunais como “prova atípica” (CAMPOS; LOPES, 2021, p. 4). Segundo o entendimento dos Tribunais, expõe a DPESC, “o procedimento estabelecido na lei processual penal para o reconhecimento de pessoa seria uma “mera recomendação do legislador”, cuja inobservância não leva à nulidade do ato” (CAMPOS; LOPES, 2021, p. 4).

Ocorre que o reconhecimento fotográfico não só não tem amparo legal, como é bastante criticado por “agravar severamente as chances de erro judiciário” (CAMPOS; LOPES, 2021, p. 4) – como ilustram os relatórios anteriormente aludidos. Apesar da ampla e histórica

aceitação pelos Tribunais pátrios, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acolheu tese defensiva aventada pela DPESC no Habeas Corpus 598.886/SC, em 27 de outubro de 2020, onde, no caso concreto, “o acusado foi condenado apenas com base em reconhecimento fotográfico realizado na Delegacia de Polícia por duas vítimas” quando se exibiu a elas “apenas a fotografia do acusado (método *show-up*), sem colocá-la ao lado de outras” (CAMPOS; LOPES, 2021, p. 4–5), contudo, um aspecto causou estranheza:

O que chamou a atenção foi o fato de as testemunhas ouvidas (inclusive as duas vítimas) terem afirmado que, além de estar com o rosto encoberto por um capuz, o assaltante tinha aproximadamente 1,70 metro de altura — mas o acusado, reconhecido pelas vítimas por fotografia, média 1,95 metro. (CAMPOS; LOPES, 2021, p. 5)

Nesse julgado, o ministro relator, de modo inédito, que “o reconhecimento fotográfico, por não ter previsão legal e potencializar o risco de graves erros judiciários, não é prova válida para fundamentar a condenação de um acusado, servindo apenas como uma mera etapa anterior ao reconhecimento presencial” e que o posterior reconhecimento de pessoa precisa obedecer, de modo estrito, aos ditames do art. 226, do CPP, sob pena de nulidade, pois as formalidade legais “constituem garantias mínimas de credibilidade desse meio de prova que, por si só, já é altamente suscetível a falhas e distorções” (CAMPOS; LOPES, 2021, p. 5) Determinou-se ainda, visando assegurar o papel de uniformização de interpretação da legislação federal constitucionalmente atribuído ao STJ, que essa decisão fosse remetida aos presidentes de todos os tribunais do país, “ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos governadores, para que estes, por sua vez, levassem ao conhecimento de todas as delegacias de polícia” (CAMPOS; LOPES, 2021, p. 5).

Ante esse cenário, a DPESC elaborou a pesquisa ora em comento no sentido de verificar a repercussão dessa decisão paradigmática no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, utilizando-se de critérios claros em busca no portal do tribunal, dentre os quais se destaca a delimitação da abrangência da busca a ementa dos julgados de direito criminal, no período compreendido entre 28/10/2020 (primeiro dia após a decisão do STJ) e 01/20/2021, que era o último dia da pesquisa, utilizando as expressões “reconhecimento fotográfico” obtendo 32 resultados e, em segunda consulta, utilizou-se a expressão “reconhecimento por fotografia”, obtendo-se 3 resultados (CAMPOS; LOPES, 2021, p. 5). Foram tomados ainda procedimentos metodológicos adicionais, visando assegurar a qualidade da pesquisa, chegando-se ao total de 26 processos a serem analisados – não só a decisão final, iniciando-se essa desde a fase policial (CAMPOS; LOPES, 2021, p. 5).

Desses processos foi possível se chegar a uma série de preocupantes conclusões, dentre as quais se destaca, primeiramente, que em apenas um dos julgados fez houve menção ao precedente em questão (sem segui-lo propriamente, utilizando-o como reforço argumentativo em absolvição), e, ademais, apenas 3,8% dos casos resultaram ao fim em absolvição, indicando alta correlação entre o reconhecimento fotográfico positivo e condenação criminal (CAMPOS; LOPES, 2021, p. 9). Salientou-se a partir da análise das ementas dos julgados com os respectivos precedentes invocados que esses são utilizados apenas para corroborar a posição da Corte, e ainda que na “maior parte dos acórdãos analisados, praticamente não se colocou em xeque o isolamento probatório do reconhecimento fotográfico” – em geral, o reconhecimento, com todos os seus problemas⁷¹, é prova preponderante, quando não exclusiva⁷² (CAMPOS; LOPES, 2021, p. 15).

O relatório prossegue apontando as inúmeras inconsistências do entendimento sedimentado no âmbito do TJSC, que em grande medida, adaptado as circunstâncias dos procedimentos policiais de cada região, parece se assemelhar ao dos demais Tribunais Pátrios, originando cenários de erros como os apontados nos relatórios anteriormente apontados e ensejando o inevitável questionamento acerca de quanto outros casos não teriam se findado sem que as inconsistências nos reconhecimentos fosse devidamente questionada. Os dados ora em comento – sobre reconhecimento fotográfico e o impacto desses nos processos –, podem ainda ser complementado pelos dados prisionais, de modo a evidenciar cabalmente a afetação desproporcional da segurança pública – decorrente da atuação de todas as instituições e não só das polícias – sobre a população negra.

Segundo o “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” de junho de 2017:

⁷¹ “Foi possível perceber, ainda, que o grau de formalidade do procedimento não repercutiu na sua valoração judicial: seja naqueles casos em que o reconhecimento foi realizado sob crivos mais rigorosos, seja naqueles casos em que imperou a completa informalidade (ou a ausência total de informações sobre a forma de sua realização), o Tribunal não fez distinções. A validade e a importância probatória do reconhecimento foram as mesmas. Isso revela a distância da prática judicial em relação à literatura científica sobre as provas decorrentes da memória humana, que já demonstrou que “a forma, ou seja, quais procedimentos são adotados para a coleta do testemunho ou o reconhecimento, representa um fato central para a acurácia e precisão do que é obtido” (STEIN; ÁVILA *apud* CAMPOS; LOPES, 2021, p. 15)

⁷² “O dado que mais chama a atenção em relação aos reconhecimentos fotográficos realizados nos casos em estudo foi o de que não há aparentemente nenhum protocolo para a realização do reconhecimento por fotografia no estado de Santa Catarina. Ele vem sendo realizado de diversas maneiras, a depender da dinâmica da unidade policial e da disposição das vítimas e testemunhas em cada caso. Variáveis como o período entre a data do fato e o reconhecimento, o registro formal (escrito ou gravado) ou não do procedimento, a confirmação em juízo, o método de indicação das fotos, o número de reconhecedores, o detalhamento da operação, entre outras, indicam que a cada situação é tomado um caminho distinto — às vezes se aproximando, às vezes se distanciando dos parâmetros mínimos do art. 226 do CPP e das recomendações científicas. Em pelo menos 4 processos, sequer a fotografia utilizada no reconhecimento fotográfico foi acostada ao processo” (CAMPOS; LOPES, 2021, p. 16–17)

Somados, pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,6% da população carcerária nacional. Quando observamos os dados da PNAD Contínua 2017, percebemos que há uma representação da população preta e parda no sistema prisional brasileiro. Os dados da PNAD indicam, que somados, o total de pardos e pretos representam 55,4% da população brasileira (“Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017”, 2019, p. 31–32)

Portanto, em brevíssimo resumo, têm-se cenário em que a população negra é mais abordada pela polícia, é mais encarcerada, é a grande maioria dos mortos em decorrência de intervenção policial e é a mais atingida por erros judiciais decorrentes de identificação fotográfica em sede policial. Esse cenário desolador não é desconhecido da maioria dos operadores do sistema de justiça, ele é ignorado – quando não aceito como imutável, por diferentes razões (muitas dessas de cariz racista, ainda que inconscientemente). Fatores como a escassez de dados ou a falta de qualidade dos dados disponibilizados, somado a prevalência de entendimentos judiciais descolados de qualquer preocupação com os avanços científicos (como no caso dos reconhecimentos fotográficos), se somam na perpetuação desse cenário.

Marmelstein (2017) ao tratar sobre discriminação por preconceito implícito – categoria em grande medida assemelhada a discriminação inconsciente utilizada por Moreira (2020) –, fornece importantes complementações aos estudos jurídicos sobre condutas discriminatórias não conscientes. O autor apresenta estudo de extrema relevância, a partir do qual é possível esboçar um dos caminhos a partir do qual o racismo afeta as condutas individuais, ensejando condutas discriminatórias, ainda que praticadas de modo inconsciente, por agentes de segurança pública, que, quando considerados em sua recorrência, explicariam (em certa medida, evidentemente existem outros fatores) o impacto desproporcional das políticas de segurança pública na vida de pessoas negras:

“Mas há outros testes menos abstratos, como por exemplo um que foi desenvolvido para medir o preconceito implícito de policiais, conhecido como Police Office Dilemma (CORREL & OUTROS, 2002). Neste teste, os policiais devem participar de um jogo virtual em que algumas situações dramáticas são simuladas e, em um curto espaço de tempo, devem decidir se atiram ou não em alguns suspeitos que ameaçam a sua vida ou a de outras pessoas. As situações são bem semelhantes entre si, mas, em algumas cenas, o suspeito é branco e, em outras, é negro. O jogo mede o tempo de reação do jogador para verificar sua capacidade de distinguir situações em que deve atirar ou não.

Sem surpresa, o jogo demonstra que as pessoas têm mais facilidade de atirar quando o suspeito é negro, inclusive ao ponto de cometer erros de avaliação, como atirar em uma pessoa negra que está segurando um celular e não uma arma, por exemplo. No mesmo cenário, quando o suspeito é branco, poucas pessoas cometem o mesmo erro.” (MARMELSTEIN, 2017, p. 124)

O artigo citado por Marmelstein apresenta os resultados de 4 experimentos distintos baseados no uso de um jogo virtual para medir a influência da etnicidade na decisão de atirar

ou não atirar, bem como apresenta as conclusões dos pesquisadores acerca dos resultados (CORRELL et al., 2002). Nesse artigo, os pesquisadores concluem, com base no primeiro experimento, que há evidências de que a decisão correta de atirar é feita de forma mais rápida se o suspeito for afro-americano, assim como a decisão correta de não atirar é feita de forma mais rápida se o suspeito for branco (CORRELL et al., 2002).

No segundo teste, os participantes foram forçados a decidir mais rapidamente se atirariam ou não e este viés da etnicidade foi notado nas taxas de erro, permitindo concluir que os participantes estabeleciam parâmetros (limiar) mais baixo para a decisão de atirar se o suspeito fosse afro-americano (CORRELL et al., 2002, p. 1319). Com base nos dois primeiros experimentos, se evidenciou que os participantes poderiam estar usando a etnicidade para interpretar comportamentos cuja hostilidade causasse dúvida, sendo que, quando esses eram praticados por suspeitos afro-americanos, eram percebidos como mais ameaçadores (CORRELL et al., 2002, p. 1320). Concluiu-se com essas duas experiências que, apesar de se ter evidenciado que a etnicidade influenciava julgamentos sobre o comportamento, a constatação deste viés ainda não explicava totalmente como se dá daria essa influência na decisão de atirar ou não (CORRELL et al., 2002, p. 1320).

No terceiro experimento, após jogarem o jogo virtual, os participantes completaram um questionário que tinha como propósito mensurar duas formas de preconceito/associação entre afro-americanos e violência (CORRELL et al., 2002, p. 1321). O primeiro tipo, denominado de estereótipo pessoal, visava mensurar as crenças e endossos pessoais dos participantes, enquanto o segundo tipo foi designado de estereótipo cultural, e visava medir o quão ciente os participantes estavam sobre o estereótipo que associa afro-americanos e violência nos EUA (CORRELL et al., 2002, p. 1321). Foram replicados os efeitos do primeiro experimento, demonstrando que a magnitude do viés variava de acordo com a percepção do estereótipo cultural e com os níveis de contato do participante com este estereótipo, mas não conforme o estereótipo pessoal (CORRELL et al., 2002, p. 1314). Por fim, no quarto teste se mostrou níveis equivalentes de viés racial entre participantes afro-americanos e brancos em um grupo comunitário (CORRELL et al., 2002, p. 1314).

Em artigo mais recente, de revisão sociológica, correlacional e experimental, sobre a influência da raça do suspeito na decisão de atirar, Correl et al. (2014) constataram que policiais tem um padrão mais complexo, e, apesar de serem afetados pela raça em alguns aspectos, em geral, eles não apresentariam um padrão enviesado na decisão de atirar. Os autores sugerem que a performance do policial depende do exercício de controle cognitivo, que permite aos

policiais superarem a influência dos estereótipos nas suas decisões (CORRELL et al., 2014, p. 201).

Contudo, esse estudo apresenta uma série de nuances e evidências que podem servir de subsídio para aprimoramento das políticas de segurança pública. Por exemplo, experimentos apontam que o treinamento reduz significativamente o viés racial na decisão de atirar, mas apenas quando o treinamento força os participantes a superar tendências nas suas condutas (CORRELL et al., 2014, p. 208).

Esta evidência é significativa quando considerada em conjunto com os estudos apontados pelos autores, que analisam como as rotinas de trabalho influenciam as condutas dos policiais (CORRELL et al., 2014, p. 208-209). A partir desses, constataram que policiais que são designados a unidades especiais (cuja atuação destas tende a ser mais “proativa” e, não raro, direcionada a minorias) apresentam viés significativo em suas decisões, similar ao de pessoas não treinadas – e diferentemente de policiais cuja atuação se dá em contato com uma variedade maior de pessoas, incluindo criminosos, vítimas e pessoas que apenas estão de passagem – com sugestão dos pesquisadores de que esta obrigação de atender a todos reforça o controle (CORRELL et al., 2014, p. 208-209). Os autores apontam ainda evidências de que a fadiga e o medo afetam dramaticamente a tomada de decisão do policial, o que pode comprometer o controle cognitivo crítico para a redução do viés racial (CORRELL et al., 2014, p. 210-211).

Por certo as conclusões dos estudos acima apontados, que foram realizados em outro contexto, não só podem ser aprimoradas – como os próprios autores evidenciam –, como devem ser tomadas com as devidas ressalvas no contexto nacional, com peculiaridades tanto concernentes as relações hierárquicas-raciais próprias do país, quanto por questões relacionadas ao policiamento mais militarizado, baseado em atuação ostensiva das forças de segurança pública e com condições de trabalho bastante distintas. Contudo, esses estudos fornecem importantes evidências que podem ser utilizados para aprimoramento das políticas de segurança pública no país, evidenciando que as evidências apontam que há possibilidade sim de minimizar a influência de vieses raciais na atuação das forças policiais.

Os resultados desses estudos fornecem importantes indícios acerca de ao menos a possibilidade de minimização do impacto desproporcional das políticas de segurança pública na vida das pessoas negras, sendo ideal a realização de estudos no contexto nacional, mas, até que isso ocorra, até em razão de não haver uma distinção “ontológica” entre o racismo existente nos EUA e no Brasil, esses estudos podem ser tomados em conjunto com as considerações sócio-históricas e com as teorias sobre discriminação e racismo, servindo de subsídio na

avaliação acerca da possibilidade de responsabilização do Estado em caso de omissão na adoção de medidas que visem combater o viés racial nas políticas de segurança pública.

4.2 ASPECTOS NORMATIVOS DA SEGURANÇA PÚBLICA

Se por um lado a opacidade das instituições dificulta sobremaneira avaliar a política de segurança pública com base em dados, por outro, a própria tarefa de definir segurança pública já é uma tarefa inglória – e certamente impossível de ser efetuada de forma exauriente no presente trabalho. No debate acerca dessa definição, confluem razões extrajurídicas – mormente morais, filosóficas e políticas – com as razões jurídicas, resultando em interpretações divergentes, ressaltando esse ou aquele aspecto, em evidente contradição entre direitos fundamentais e a *ordem pública* (expressão constante do art. 144, da Constituição Federal).

Em que pese essa impossibilidade de se apresentar de modo exauriente todos os aspectos ideológicos, normativos e doutrinário-acadêmicos que, em alguma medida, são importantes para a compreensão da segurança pública no contexto nacional, o presente trabalho não se furtará de tentar extrapolar, ainda que brevemente, o mero empilhamento de normas e opiniões doutrinárias sobre a matéria – como é usual em abordagens da temática, que – em regra – não estão atreladas a uma perspectiva crítica do direito (e da epistemologia *ortodoxa* do direito).

Pois bem, se como evidenciado no primeiro capítulo, para compreender a interpretação jurídica é fulcral conhecer as narrativas sociais subjacentes a essa – a partir da retomada crítica da história, evidenciando silenciamentos estratégicos, continuidades e discontinuidades –, em operação que possibilita o desvelamento da influência das relações de poder e hierarquizações sociais na *epistemologia ortodoxa* que orienta cotidianamente a interpretação do Direito, o mesmo, evidentemente, se aplica ao âmbito das normas relativas à segurança pública.

Portanto, partindo das concepções de supremacia da Constituição⁷³ e de força normativa da Constituição⁷⁴ – considerando inclusive que mesmo os Tratados Internacionais

⁷³ Com escorço na doutrina de Barroso, Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto (2016) pontuam que: “A supremacia da Constituição é um “traço distintivo” que a posiciona em hierarquia superior em relação às demais normas do sistema. Espera-se que ela seja o resultado da confluência de uma manifestação política superqualificada da vontade popular, e se coloque para além da vontade majoritária estabelecida regularmente. Trata-se de um momento constituinte originário, ou de uma produção constitucional “elevada” (*higher lawmaking*).” (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 126)

⁷⁴ “É a partir de tal prisma que Hesse busca conciliar realidade e normatividade constitucionais. Sem virar as costas para a realidade histórica-política, a Constituição não pode perder sua natureza deontológica (ligada ao *dever-ser*). E, para que haja tal vontade de se cumprir a Constituição, três elementos devem ser observados: (1) “compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o

incorporados ao ordenamento jurídico nacional com *status* de Emenda à Constituição, por submissão ao rito do art. 5, §3º, da Constituição Federal de 1988, estariam sujeitos ao controle de constitucionalidade (tal como qualquer Emenda à Constituição) –, que evidenciam a importância das disposições normativas constitucionais sobre (qualquer) o tema, realizar-se-á uma breve digressão histórica sobre como se “constitucionalizou” a segurança pública.

Primeiramente, como aponta Virgílio Afonso da Silva (2021), o direito à segurança “não costuma chamar a atenção da literatura constitucional brasileira” – “muito embora o direito à segurança seja mencionado tanto no *caput* do art. 5º quanto o *caput* do art. 6º, repetição que não ocorre com nenhum outro direito”, ressaltando que a ausência de debate sobre a matéria é ainda mais surpreendente quando se considera que, em alguma medida (inicialmente mais restrito), o direito à segurança constou em todas as Constituições brasileiras desde 1824 e também que a matéria é objeto de tratados internacionais (SILVA, 2021, p. 233). Nesse sentido, o autor aponta que os entendimentos usuais – no sentido de que não haveria um direito autônomo à segurança, mas que se trataria de “um reforço da proteção de todos os outros direitos”, “uma espécie de metadireito” – são reducionistas (2021, p. 233).

Segundo Silva (2021) uma possível explicação para o pouco destaque atribuído pela literatura constitucional a esse direito é “a constante tensão entre segurança e liberdade”, pois, a depender do conteúdo que se atribui a segurança, esta pode ameaçar aquela – ressaltando, no contexto pátrio, a influência da “doutrina da segurança nacional” para essa associação, doutrina esta que marcou o período do governo autoritário do país entre 1964 e 1985 (SILVA, 2021, p. 234). O autor prossegue apresentando uma série de sentidos possíveis do direito à segurança,

arbitrio desmedido e uniforme”; (2) “na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação)”; e (3) “consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo.

[...]

a **teoria constitucional** desenvolvida por Hesse objetiva se afastar de uma espécie de “totalitarismo constitucional” que consiste na “codificação global e detalhada das matérias constitucionais”, mas ao mesmo tempo sua abertura e incompletude não se dissolvem numa “dinâmica total em que a constituição seja incapaz de orientar e ordenar a vida”²⁰⁰ da sociedade e do Estado, sendo, como já observado, assegurada sua força normativa. Concluímos afirmando que Hesse busca uma espécie de convívio ou coexistência entre os domínios abertos e não abertos, explicitando, portanto, que “uma Constituição, para ser duradoura, deve conciliar sua abertura ao tempo com sua estabilidade jurídica.” (HESSE; CUNHA JÚNIOR apud FERNANDES, 2020, p. 95–96)

tanto no âmbito dos direitos individuais (art. 5º, *caput*, CF/88), quanto no âmbito dos direitos sociais (art. 6º, *caput*, CF/88), como a segurança contra o arbítrio estatal (em uma dimensão de segurança pessoal, que apontaria uma complementariedade de liberdade e segurança), segurança como dever de proteção (mormente nas relações entre particulares, como proteção contra “ações de outros indivíduos”), segurança pública, defesa nacional (contra ameaças externas), segurança jurídica e segurança e direitos sociais (que implicaria numa noção de proibição de retrocesso) (SILVA, 2021, p. 233–245).

Portanto, a segurança pública não é a única dimensão do direito à segurança na Constituição Federal de 1988, cumprindo destacar, inclusive, que essa dimensão só foi positivada de forma explícita em 1988 – nas Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 assegurava-se a segurança individual, e na de 1967 e na EC nº 1 de 1969 assegurava-se a segurança sem qualquer qualificação (SILVA, 2021, p. 233–234). Essa atípica positivação detalhada da segurança pública no texto constitucional, contudo, não decorreu de inovação por parte da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) quanto ao modelo de segurança pública – as disposições da Constituição de 1988 sobre segurança pública são fruto de uma “constitucionalização” parcial das normas legais estabelecidas pelo regime militar, conferindo a essas a rigidez e supremacia características das disposições constitucionais, modificadas primordialmente no sentido de mitigar centralização federativa anterior (GUERRA; FILHO, 2018, p. 161; SILVA, 2021, p. 238).

Apontando as problemáticas dessa constitucionalização tal como ocorrida, Guerra e Filho (2018) pontuam que a Constituição Federal de 1988:

[...] Cristalizou um modelo problemático, pois a um só tempo descoordenado e engessado; omisso no que se refere às competências do governo federal e aos mecanismos de controle e responsividade; excessivamente detalhado e, assim, proibitivo, no que se refere à capacidade de os Estados adaptarem o arranjo às suas especificidades e interesses; reducionista na concepção de um sistema de segurança jurídico-penal, adstrito às funções de prender-julgar-punir, que pouco se atém às funções político-administrativas e à necessária articulação institucional entre os seus integrantes. (GUERRA; FILHO, 2018, p. 161–162)

Os autores prosseguem apontando que a consagração desse modelo é explicada pela atuação de grupos de interesses junto a ANC, “os quais estrategicamente orientaram sua atuação por demandas históricas, buscando consolidar posições adquiridas no período anterior e conquistar novas prerrogativas então disputadas pelos diversos órgãos de segurança” (GUERRA; FILHO, 2018, p. 162). Complementam apontando que, embora a atuação de grupos estratégicos faça parte do jogo político, com o “embate de distintos interesses e visões de mundo”, que “[s]eria também ingênuo, porém, não reconhecer que alguns interesses obtiveram

naquele momento uma vitória diferenciada porque qualificada pela rigidez constitucional” (GUERRA; FILHO, 2018, p. 162). Discorrendo sobre a organização dos trabalhos da ANC no que concerne à temática da segurança pública, os autores elucidam que:

O tema foi deixado à Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e da Segurança, parte da Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, que reunia majoritariamente os representantes dos órgãos militares e de segurança e facilitava, assim, a composição dos votos (FONTOURA; RIVERO; RODRIGUES, 2009, p. 193). Das audiências públicas organizadas, participaram 22 convidados, dos quais 21 se vinculavam às organizações policiais ou às Forças Armadas e apenas Márcio Thomas Bastos, presidente da OAB, exclusivamente era ligado à sociedade civil. (GUERRA; FILHO, 2018, p. 163)

Esses apontamentos são de extrema pertinência, pois uma interpretação desprovida de historicidade oculta o fato de que o modelo de segurança pública não é uma decorrência “natural”, ou sequer a estruturação mais “eficiente”, “fruto da experiência histórica”. Exemplificativamente, para ressaltar como a atuação corporativista dos grupos de interesse já à época era fortemente questionada, Guerra e Filho (2018) apontam excerto do jornal *Folha de São Paulo*, que, em suma, apontava que o arranjo institucional não podia alçar à intangibilidade constitucional “mecanismos que atendam a alguns em detrimento dos interesses de todos” (FOLHA DE S. PAULO *apud* GUERRA; FILHO, 2018, p. 162).

Outro inolvidável exemplo de questionamento a então vigente estruturação da segurança pública no país foi a atuação do Movimento Negro⁷⁵ junto a Constituinte, que, como se infere do trabalho de Natália Neris da Silva Santos (2015), já denunciava a necessidade de, dentre outros aspectos, unificação das polícias, de cursos permanentes de reciclagem e de que os crimes relacionados ao abuso de poder cometido por essas instituições fossem julgados pela justiça comum – ademais, denunciavam a histórica violência física e psicológica por parte da polícia para com a população negra (SANTOS, 2015, p. 129–132).

Não obstante os questionamentos da sociedade e a participação social, como apontado, prevaleceu a intensa atuação corporativista militar⁷⁶, de modo que o “processo de

⁷⁵ Aqui se utilizará a expressão com o sentido atribuído por Natália Neris da Silva Santos (2015), que a utilizara para se referir ao “conjunto de iniciativas ou organizações que possuem como objetivo a promoção da igualdade racial e/ou combate ao racismo, criadas por negros e negras. Tal designação não ignora a pluralidade de matrizes ideológicas, estratégias de ação e concepções políticas e culturais existentes entre seus integrantes. Este modo de se referir ao movimento social é usual entre os/as ativistas (GONZALEZ, 1981; RUFINO, 1985), sendo esta uma das razões para sua adoção ao longo do texto.” (SANTOS, 2015, p. 16)

⁷⁶ Anteriormente ao regime militar de 64 a 85 a competência para policiamento ostensivo cabia preferencialmente as guardas civis (GUERRA; FILHO, 2018, p. 159), contudo, no contexto da ANC: “Os representantes das polícias militares conquistaram sua própria sobrevivência institucional, bem como a confirmação da competência exclusiva para o policiamento ostensivo (art. 144, § 5o, da CRFB). O anteprojeto da Comissão Afonso Arinos havia proposto desmilitarizar as polícias, entendendo que o policiamento deveria ser atividade eminentemente civil. Em reação à perspectiva de sua extinção, o vasto contingente de policiais

redemocratização do País atingiu apenas parcialmente o sistema de segurança pública” (GUERRA; FILHO, 2018, p. 159). Em parte, isso também decorreu de que o enfoque das críticas, embora denunciasse a arbitrariedade do regime militar e os malefícios da federalização da segurança pública, centravam-se, quanto ao primeiro aspecto, na repressão política, dedicando atenção apenas residual ao necessário rechaço a violenta repressão que (já) era cotidianamente praticada pelos órgãos policiais, e, quanto ao segundo aspecto, em que pese se ter (re)conquistado competências e controle sobre as polícias estaduais para os governadores, foi insuficiente para uma desvinculação mais incisiva da polícia militar das Forças Armadas (GUERRA; FILHO, 2018, p. 159–160).

Essa positivação parcial da legislação ordinária na Constituição de 1988 acarretou um fenômeno peculiar, que contraria à hermenêutica constitucional e a epistemologia do Constitucionalismo Contemporâneo, qual seja “uma forma de interpretação nas esferas legislativa e judicial que, inversamente, analisa a CRFB à luz da legislação ordinária” (GUERRA; FILHO, 2018, p. 156). Esse fenômeno, conforme apontam os autores, decore do fato de que se “as regras infraconstitucionais do regime de 1964-1985 foram transcritas, com exceções, no texto constitucional”, posteriormente essas disposições foram novamente repristinadas, muitas vezes em sua íntegra, na legislação ordinária posterior a Constituinte⁷⁷ (GUERRA; FILHO, 2018, p. 156).

4.2.1 Segurança pública na Constituição Federal

O único artigo que trata expressamente sobre segurança pública na Constituição Federal é o art. 144, que foi alvo de inúmeras Emendas Constitucionais desde 1988, e atualmente possui a seguinte redação:

militares, estimado à época em 500 mil integrantes (JORNAL DO BRASIL, 1988), organizou encontros, elaborou documentos e enviou milhares de cartas à ANC. Puderam, dessa forma, reverter o resultado e confirmar a exclusividade para o policiamento ostensivo.” (GUERRA; FILHO, 2018, p. 163–164)

⁷⁷ Exemplificativamente: “Perceba-se que, a rigor, a única competência mantida pela CRFB foi a de policiamento ostensivo, sem que se faça qualquer referência à forma pela qual será executado. Nas legislações estaduais, no entanto, a polícia militar manteve rigorosamente as mesmas atividades que haviam sido a elas atribuídas pelo Decreto-lei no 317. Na Lei no 16.575/2010 (PARANÁ, 2010), do Estado do Paraná, por exemplo, as competências de prevenção e repressão foram expressamente mantidas. Mais preocupante, porém, tem sido a manutenção de um regime disciplinar reproduzido à semelhança do concebido para o Exército. Com efeito, o regime disciplinar estabelecido pelo Decreto-lei – que se manteve nas alterações posteriores – previa, em seu art. 17, que “as polícias militares serão regidas por Regulamento Disciplinar redigido à semelhança do Regulamento Disciplinar do Exército e adaptado às condições especiais de cada Corporação” (BRASIL, 1967).” (GUERRA; FILHO, 2018, p. 171–172)

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais.

§ 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39.

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas:

I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e

II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei. (BRASIL, 1988)

Apesar das Emendas, verifica-se que naquilo que a estruturação de segurança pública era criticada desde anteriormente à Constituinte, mormente a existência de um sistema bifurcado em polícia civil e militar – cabendo exclusivamente a essa última o policiamento

ostensivo – se manteve. Conforme aponta Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1793), e se infere da leitura do *caput* do art. 144, da Constituição Federal de 1988 – acima colacionado –, a segurança pública (entendida como preservação da *ordem pública* e da incolumidade das pessoas e do patrimônio) e é um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, concretizado pelo exercício estatal do poder de polícia – “como atividade limitadora de direitos individuais em prol do interesse público” – na modalidade especial de segurança.

O autor prossegue apresentando que a política de segurança divide a polícia em polícia administrativa/repressiva/ostensiva – “que atua preventivamente e ostensivamente” “com incumbência de manter a ordem, pública evitando a prática de infrações penais, por meio do policiamento ostensivo” ou ilícitos administrativos, enquadrando-se nessa categoria a Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Militar, Polícia Legislativa e a Guarda Municipal – e a polícia judiciária – “com tarefa de apurar os crimes não evitados, através da investigação policial”, tem atuação repressiva, enquadrando-se nesta categoria a Polícia Civil e a Polícia Federal (FERNANDES, 2020, p. 1793–1794).

4.2.2 Racial bias e os parâmetros para atuação do Estado na segurança pública em Tratados e Convenções Internacionais

Em dissertação de mestrado que investiga a “responsabilização da polícia que mata”, Poliana da Silva Ferreira (2019) busca, dentre outros objetivos, delinear o desenho institucional que conforma o tratamento das abordagens policial com resultado morte. Nessa etapa de seu trabalho a autora conclui que, apesar de não haver na Constituição Federal “uma remissão direta às mortes decorrentes de ações policiais – ou a outras nomenclaturas correlatas” de que seria possível afirmar que “existe a previsão de uma estrutura jurídica desenhada para propor uma organização da polícia, a previsão de processos de responsabilização, de instâncias de julgamento, com princípios e mecanismos de defesa de réus no desenvolvimento de processos civis, criminais e administrativos” (FERREIRA, 2019, p. 56).

Raciocínio analógico pode ser aplicado para fins do presente trabalho, cujo objeto engloba, mas não se restringe, às mortes decorrentes de ações policiais – pretende estabelecer parâmetros interpretativos para abarcar todo dano decorrente de atuação policial que implique em discriminação racial, seja explícita ou inconsciente/implícita (podem ocorrer, por exemplo, danos patrimoniais, danos morais decorrentes de violência psicológica ou até de lesão física que não implique em morte). A Constituição Federal estabelece diretrizes gerais, mormente de

respeito aos direitos fundamentais e de não discriminação por raça, a serem observadas em toda e qualquer atuação do Poder Público, haja vista que o Estado brasileiro se constitui em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF/88), mas não estabelece deveres detalhados da atuação na segurança pública – e, haja vista a relação tensionada entre direitos fundamentais e a atuação policial, bem como a relação de complementariedade entre direitos fundamentais e os direitos humanos estabelecidos pelos acordos internacionais, se mostra proveitoso analisar as principais disposições desses que são pertinentes a temática do presente trabalho.

Antes, contudo, cabe trazer à baila os parágrafos do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que são essenciais para entender o *status* normativo, bem como a extensão do rol de direitos fundamentais/humanos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988)

Destes breves parágrafos se pode inferir muitos elementos fundamentais para o presente feito: 1º) as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não dependem de regulamentação legal para serem aplicáveis aos casos concretos; 2º) o rol de direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal não é taxativo, não excluindo os decorrentes de “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”; e 3º) por força da incorporação do §3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 operado pela Emenda Constitucional nº 45/04, os tratados e convenções internacionais que forem submetidos ao procedimento nele previsto e aprovados passarão a integrar o bloco de constitucionalidade⁷⁸.

⁷⁸ “[...] Portanto, passamos agora, em virtude desse posicionamento, assente de forma majoritária no STF a ter 3 hipóteses sobre a recepção de Tratados Internacionais em nosso ordenamento:

- a) TIDH [Tratado Internacional de Direitos Humanos] (conforme o art. 5 §3º da CR/88): Norma constitucional
- b) TIDH (não conforme o art. 5 §3º da CR/88): norma supralegal
- c) TI que não é DH: Norma ordinária (lei ordinária)

Essa posição, assente no STF nos termos do RE nº 466.343, gerou uma série de consequências em nosso ordenamento. Uma delas, obviamente, é a da (*questionável*) modificação hierárquica desse ordenamento, com a assunção de mais uma espécie normativa, que, conforme visto, foi desenvolvida (estranhamente, por falta de titularidade para tal!) pelo STF” (FERNANDES, 2020, p. 725)

Conforme apontado anteriormente, para fins do presente trabalho, é de importância central a Convenção Internacional Contra o Racismo, pois se trata de Convenção Internacional aprovada conforme o art. 5º, §3º, da Constituição Federal – em que pese não ter sido ainda publicado o decreto de promulgação da Convenção na ordem jurídica interna (vide nota 31).

Dentre as disposições da Convenção em comento, destaca-se, para fins do presente trabalho, todas as seguintes:

Artigo 4

Os Estados comprometem-se a prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância, inclusive:

[...]

v. qualquer ação repressiva fundamentada em qualquer dos critérios enunciados no Artigo 1.1⁷⁹, em vez de basear-se no comportamento da pessoa ou em informações objetivas que identifiquem seu envolvimento em atividades criminosas;

[...]

Artigo 8

Os Estados Partes comprometem-se a garantir que a adoção de medidas de qualquer natureza, inclusive aquelas em matéria de segurança, não discrimine direta ou indiretamente pessoas ou grupos com base em qualquer critério mencionado no Artigo 1.1 desta Convenção.

Artigo 10

Os Estados Partes comprometem-se a garantir às vítimas do racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância um tratamento equitativo e não discriminatório, acesso igualitário ao sistema de justiça, processo ágeis e eficazes e reparação justa nos âmbitos civil e criminal, conforme pertinente.

Artigo 12

Os Estados Partes comprometem-se a realizar pesquisas sobre a natureza, as causas e as manifestações do racismo, da discriminação racial e formas correlatas de intolerância em seus respectivos países, em âmbito local, regional e nacional, bem como coletar, compilar e divulgar dados sobre a situação de grupos ou indivíduos que sejam vítimas do racismo, da discriminação racial e formas correlatas de intolerância. (OEA, 2013)

Como se verifica, há compromisso expresso de eliminar, proibir e punir qualquer ação repressiva fundamentada na raça, constante do artigo 4º, V, bem como o compromisso de que a adoção de medidas de qualquer natureza, incluindo aquelas em matéria de segurança, não discriminará direta ou indiretamente com base na raça, constante do artigo 7º. Ademais, destaca-se ainda o compromisso constante do art. 10, de que o país garantirá às vítimas de discriminação “acesso igualitário ao sistema de justiça, processos ágeis e eficazes e reparação justa nos âmbitos civil e criminal” (OEA, 2013).

⁷⁹ “Artigo 1. Para os efeitos desta Convenção: 1. Discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica” (OEA, 2013)

Todas essas disposições, quando conjugadas com (I) o cenário de impacto desproporcional da atuação do Estado na segurança pública – que é estatisticamente comprovado, conforme se evidenciará em tópico subsequente –, (II) com a ligação entre discriminação indireta (do Estado para com o grupo) e implícita (do Agente policial para com o indivíduo negro) na atuação policial, e (III) com o fato de que o nexos causal é, conforme Farias, Rosenvald e Netto (2017, p. 656), “um vínculo lógico-normativo”, começam a delinear o cenário para a responsabilização civil do Estado em decorrência de atuação na segurança pública que seja permeada por *racial bias*.

A Convenção Interamericana Contra o Racismo se insere no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos⁸⁰, cuja “origem data de 1948, com a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA) e, também, com a promulgação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, antes mesmo da Declaração Universal” (LEAL; LIMA, 2021, p. 27). Conforme destacam as autoras, a OEA veio a passar por inúmeras modificações, criou-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 1959, posteriormente, em 1969, aprovou-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que ficou “amplamente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica”, e que além de expandir as competências da CIDH, criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), “estruturando, assim, o Sistema Interamericano como o conhecemos hoje” (LEAL; LIMA, 2021, p. 28–30).

No presente trabalho não se explorará as decisões da Corte IDH, entretanto, essas são de grande importância para os casos concretos:

No que tange à interpretação dada ao *corpus iuris*, que vem a servir como norte aos Estados (dimensão objetiva dos direitos), trazendo diretrizes e esclarecendo conceitos, além de analisar o caso concreto, pode-se falar que as sentenças proferidas pela Corte dividem-se em duas partes: coisa interpretada (*res interpretata*), e coisa julgada. Importante se faz a diferenciação desses elementos, tendo-se em vista que é a partir da manifestação de posicionamentos da Corte Interamericana que se firmam estândares, que se fixam diretrizes e que se constroem entendimentos a respeito da garantia de direitos humanos, assim como da proteção, notadamente, dos grupos em situação de vulnerabilidade.

Desse modo, a parte da sentença que se refere à “coisa julgada” refere-se à parte dispositiva, resolutive, que impõe penalidades e determinações a serem cumpridas pelo Estado condenado, sendo específica e pontual, referindo-se à situação analisada concretamente e, em razão disso, possui efeito inter partes, atingindo apenas as partes do processo (Estado-parte e vítima)

[...]

Quanto à outra parte da sentença, isto é, a coisa interpretada (*res interpretata*), trata-se de todo o conteúdo da decisão que aborda uma construção jurisprudencial, os

⁸⁰ O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos não se restringe às normas, contudo, com relação a essas, pode-se afirmar que formam um “[...] *corpus iuris* interamericano, que se trata, em verdade, de um “*bloque de convencionalidad*”, composto pelo Pacto de San José, pelos Protocolos, Declarações, demais Tratados regionais sobre direitos humanos, assim como pela própria jurisprudência da Corte Interamericana.” (LEAL; LIMA, 2021, p. 61–62)

argumentos apontados, os entendimentos ali firmados, isto é, a interpretação dada pela Corte aos dispositivos convencionais. Trata-se, pois, da *ratio decidendi*, e possui efeito erga omnes, devendo ser observada não somente pelas partes do processo, mas sim por todos os órgãos e Estados que compõem o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (LEAL; LIMA, 2021, p. 62)

Há ainda o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, “que teve como órgão fundador a Organização das Nações Unidas (ONU), sendo o principal documento jurídico que o rege a Declaração Universal de Direitos Humanos, associado a uma série de outros tratados e convenções que forçam e complementam a ideia de proteção do Sistema” (LEAL; LIMA, 2021, p. 27). Desse sistema, para fins do presente trabalho, destaca-se a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial⁸¹, de 1965, promulgada na ordem interna pelo Decreto nº 65.810/69, especialmente seu artigo V, b⁸², que estabelece o direito a “segurança da pessoa ou à proteção do Estado contra violência ou lesão corporal cometida que por funcionários de Governo, quer por qualquer indivíduo, grupo ou instituição”, bem como seu artigo VI⁸³, que estabelece o dever de que os Estados Partes assegurem à pessoa vítima de discriminação racial o acesso à justiça bem como o direito a indenização “justa e adequada por qualquer dano de que foi vítima em decorrência de tal discriminação” (BRASIL, 1969b).

⁸¹ “Artigo I. 1. Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

2. Esta Convenção não se aplicará às distinções, exclusões, restrições e preferências feitas por um Estado Parte nesta Convenção entre cidadãos e não cidadãos.

3. Nada nesta Convenção poderá ser interpretado como afetando as disposições legais dos Estados Partes, relativas a nacionalidade, cidadania e naturalização, desde que tais disposições não discriminem contra qualquer nacionalidade particular.

4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.” (BRASIL, 1969b)

⁸² “Artigo V. De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: [...] b) direito a segurança da pessoa ou à proteção do Estado contra violência ou ou lesão corporal cometida que por funcionários de Governo, quer por qualquer indivíduo, grupo ou instituição.” (BRASIL, 1969b)

⁸³ “Artigo VI. Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que estiver sob sua jurisdição, proteção e recursos efetivos perante os tribunais nacionais e outros órgãos do Estado competentes, contra quaisquer atos de discriminação racial que, contrariamente à presente Convenção, violarem seus direitos individuais e suas liberdades fundamentais, assim como o direito de pedir a esses tribunais uma satisfação ou repartição justa e adequada por qualquer dano de que foi vítima em decorrência de tal discriminação.” (BRASIL, 1969b)

Outras disposições dessa Convenção que merecem destaque são as constantes do artigo II, em que os Estados se comprometem a adotar “por todos os meios apropriados e sem tardar” políticas para a “eliminação da discriminação racial em todas as suas formas” – na alínea a há vinculação direta das instituições e autoridades públicas a eliminação de práticas ou atos de discriminação racial, na alínea b os Estados partes se comprometem a “tomar as medidas eficazes, a fim de rever as políticas governamentais nacionais e locais e para modificar, abrogar ou anular qualquer disposição regulamentar que tenha como objetivo criar a discriminação ou perpetrá-la onde já existir” (BRASIL, 1969b).

A depender das circunstâncias do caso concreto, podem ser de extrema utilidade outros instrumentos que compõem o *corpus iuris* dos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos, seja global ou regional (interamericano), especialmente quando se tem em conta que, muitas vezes no âmbito da Segurança Pública, há estarrecedora lacuna legislativa no que concerne o estabelecimento de balizas gerais de atuação (conforme melhor se evidenciará no tópico subsequente). Em que pese o fato de que esmiuçar os *corpus iuris* desses Sistemas certamente importaria em extrapolar o escopo do presente trabalho, menciona-se exemplificativamente o “Código de Conduta das Nações Unidas para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei” (CFRAL) e os “Princípios básicos sobre utilização da força e de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da Lei” (PBUFAF), instituídos no âmbito da ONU, e que Gomes (2015, p. 42) e Carrasco (2015, p. 44) apontam como possível baliza para atuação (e para avaliação dessa) dos profissionais responsáveis pela aplicação da Lei – em que pese, como alerta Carrasco, que “esses dois documentos não estabelecem obrigações de caráter legal, integram o que é normalmente conhecido como *soft law*, ou leis brandas” (CARRASCO, 2015, p. 44).

4.2.3 Racial bias e os parâmetros para atuação do Estado na segurança pública na legislação infraconstitucional

Em linha com as reflexões de Poliana da Silva Ferreira (2019, p. 56–78), que aponta a ausência de legislação específica a reger as abordagens policiais com resultado morte, Lima, Bueno e Mingardi (2016, p. 66) que ao discorrer sobre iniciativas recentes na área de segurança pública, como “UPPs, Polícia Comunitária, Uso Intensivo de Informações do tipo Infocrim, entre outros”, denunciam que “ainda há várias zonas de incerteza advindas da não regulamentação da Constituição Federal que, no limite, enfraquecem essas medidas na lógica

do se nada mudar no plano legislativo, elas tendem a perder força e repetir os mesmos vícios do sistema de segurança como um todo”.

Os autores (2016, p. 66) prosseguem pontuando que, em que pese o mérito de iniciativas “que podem e devem ser mais bem estudadas e incentivadas”, que são “baseadas nas melhores práticas de redução da violência da violência e da criminalidade” e “têm se concentrado no tripé aproximação com a população, uso intensivo de informações e aperfeiçoamento da inteligência e da investigação”, essas não são, por si só, suficientes, pois:

[...] não conseguem dar conta de um elemento central que é a carência de coordenação, de integração e de articulação, marcas registradas da segurança pública brasileira e da arquitetura jurídica que embasa as políticas públicas no país. Sem que ataquemos essa grande fragilidade, o país continuará refém do medo e da insegurança e pouco conseguiremos avançar na transformação de práticas institucionais reconhecidamente ineficazes. (LIMA; BUENO; MINGARDI, 2016, p. 66)

E, a partir da apresentação de um caso em que houve uma coordenação institucional mais efetiva, com vistas a garantia da segurança pública durante a ocorrência da Copa do Mundo de 2014 no país, concluem avaliando que:

Porém, sabendo que ações ad hoc são insustentáveis no tempo, depreende-se dessa experiência a certeza de que resultados de longo prazo só poderão ser obtidos se, como reiteradamente destacado, enfrentarmos estruturalmente alguns temas sensíveis, como: a distribuição e a articulação de competências entre União, estados e municípios e a criação de mecanismos efetivos de cooperação entre eles e demais poderes e ministérios públicos; a reforma do modelo policial e de investigação estabelecido pela Constituição; o financiamento da área; e o estabelecimento de requisitos mínimos nacionais para as instituições de segurança pública no que diz respeito à formação dos profissionais, carreiras, transparência e prestação de contas, uso da força e controle externo.

[...]

O Brasil, ao largo do notável aprimoramento técnico operacional dos últimos vinte anos, ainda se impõe um silêncio obsequioso frente ao problema da segurança pública, que nos desafia a pensar em um projeto de reforma das polícias que as valorizem como uma instituição central do Estado democrático de direito e da cidadania.

As polícias, bem como as demais instituições da área, retratam a forma como o Brasil optou por administrar conflitos sociais e de se conceber como nação. Assim, falar hoje de segurança pública significa falar de um projeto de país; significa ter coragem política e institucional para liderar um pacto pela promoção de uma vida digna e em paz para parcelas majoritárias da população.

(LIMA; BUENO; MINGARDI, 2016, p. 66)

Nesse cenário de inação legislativa, Ferreira (2019, p. 75–76) aponta que os instrumentos jurídicos disponíveis para avaliação da atuação do Estado na área da segurança pública – no caso da autora, com enfoque na questão das mortes decorrentes de intervenção

policial⁸⁴ –, e eventual responsabilização, em grande parte são “disposições oriundas do Poder Executivo e não do Legislativo propriamente dito”, complementando que:

No entanto, os referidos instrumentos normativos são responsáveis por abordar temas cruciais no tratamento das abordagens policiais com resultado morte. Isto não quer dizer que os mesmos são suficientes para enfrentar os problemas que surgem no cotidiano das instituições, nem que estas produzem os mesmos resultados que uma lei específica produziria. Mas, conforme foi possível demonstrar ao longo deste trabalho, há um arranjo normativo-institucional escolhido pelo Brasil para tratar a letalidade policial e suas especificidades. (FERREIRA, 2019, p. 75)

A autora aponta como, ao menos em parte, essa proatividade do poder executivo (federal e estadual) nas regulamentações da atuação na segurança pública, decorre de:

[...] medidas impostas ao Brasil, por agências de âmbito internacional, que buscaram ratificar a responsabilidade do Estado brasileiro na apuração, investigação e responsabilização de graves abusos de direitos humanos cometidos por policiais militares em territórios de favelas e periferia, onde a maioria da população é negra e sofre diretamente com os impactos negativos da desigualdade social e racial. (FERREIRA, 2019, p. 76)

Exemplo disso, constituindo-se em regulamentação de grande importância, é a Portaria Interministerial n. 4226, de 31 de dezembro de 2010, expedida pelo Ministério da Justiça e pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que estabelece diretrizes sobre o uso da força pelos Agentes de Segurança Pública – sendo de observância obrigatória, conforme art. 2º, pela Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, pelo Departamento Penitenciário Nacional e pela Força Nacional de Segurança Pública. Dentre as razões para a edição da portaria, se apontou “a necessidade de orientação e padronização dos procedimentos da atuação dos agentes de segurança pública aos princípios internacionais sobre o uso da força” e “o objetivo de reduzir paulatinamente os índices de letalidade resultantes de ações envolvendo agentes de segurança pública” (BRASIL, 2010b).

Dentre as disposições da referida portaria, pode-se destacar que no item 1, do Anexo I, se estabelece a observância de uma série de instrumentos legais da esfera internacional⁸⁵, no

⁸⁴ Apesar de a autora ter centrado sua análise no caso das mortes decorrentes de intervenção policial, conforme supra demonstrado, o tratamento dispensado pelo Estado a essa matéria é exemplificativo – talvez de forma mais acentuada – do comportamento dos Poderes Constituídos ante a segurança pública de modo geral.

⁸⁵ Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979; Princípios orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas na sua resolução 1989/61, de 24 de maio de 1989; Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de Agosto a 7 de setembro de 1999; Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova York em 10 de dezembro de 1984 e promulgada pelo Decreto n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991.

item 2 se vincula o uso da força pelos agentes de segurança pública aos princípios da “legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência”, no item 3 se estabelece que “Os agentes de segurança pública não deverão disparar armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de terceiro contra perigo iminente de morte ou lesão grave” e no item 4 que “Não é legítimo o uso de armas de fogo contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que, mesmo na posse de algum tipo de arma, não represente risco imediato de morte ou de lesão grave aos agentes de segurança pública ou terceiros” (BRASIL, 2010b). Esses exemplos das relevantes disposições desse instrumento normativo regulatório, destacando-se, contudo, que sua aplicação obrigatória se restringiria ao âmbito dos Agentes vinculados ao Executivo Federal.

Em que pese não haver no plano legislativo uma norma que estabeleça parâmetros gerais de atuação das forças de segurança, há uma série de deveres decorrentes do Estatuto da Igualdade Racial, Lei n.12.288/10, que, dentre outras medidas, a “modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica” e “promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais”, que, correspondem, respectivamente, aos incisos III e IV do art. 4º do Estatuto (BRASIL, 2010a). Para além de uma série de deveres no sentido de se assegurar a participação política, econômica, e educacional, dentre outras (art. 2º), a valorização da igualdade étnica (art. 3º), de previsões específicas visando resguardar os Direitos Fundamentais da população não-branca, há previsões normativas específicas quanto o acesso à justiça e à segurança pública:

Art. 52. É assegurado às vítimas de discriminação étnica o acesso aos órgãos de Ouvidoria Permanente, à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, para a garantia do cumprimento de seus direitos.

Parágrafo único. O Estado assegurará atenção às mulheres negras em situação de violência, garantida a assistência física, psíquica, social e jurídica.

Art. 53. O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra.

Parágrafo único. O Estado implementará ações de ressocialização e proteção da juventude negra em conflito com a lei e exposta a experiências de exclusão social.

Art. 54. O Estado adotará medidas para coibir atos de discriminação e preconceito praticados por servidores públicos em detrimento da população negra, observado, no que couber, o disposto na Lei no 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

Art. 58. As medidas instituídas nesta Lei não excluem outras em prol da população negra que tenham sido ou venham a ser adotadas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Art. 59. O Poder Executivo federal criará instrumentos para aferir a eficácia social das medidas previstas nesta Lei e efetuará seu monitoramento constante, com a emissão e a divulgação de relatórios periódicos, inclusive pela rede mundial de computadores.
(BRASIL, 2010a)

Portanto, como se verifica, não só há cláusulas gerais antidiscriminatórias presentes na Constituição Federal, em Tratados e Convenções Internacionais e até na Legislação Federal, como há previsão específica de que o Estado combaterá a violência policial incidente sobre a população negra⁸⁶, de que irá proibir e eliminar a discriminação racial em todas suas formas garantirá a segurança pessoal “ou à proteção do Estado contra violência ou lesão corporal cometida que por funcionários de Governo, quer por qualquer indivíduo, grupo ou instituição”⁸⁷, e de que garantirá que a adoção de medidas de qualquer natureza, inclusive aquelas em matéria de segurança, não implicarão em discriminação direta ou indireta a pessoas ou grupos com base em critérios dentre os quais se encontra a raça⁸⁸.

Mostra-se inequívoca a existência de dever específico de adoção de medidas positivas e diferenciadas visando resguardar a população não-branca, mormente a população negra, na atuação estatal no campo da Segurança Pública. Por consequência, o descumprimento desse dever que enseje dano indenizável a terceiros (indivíduo ou grupo), uma vez que se evidencie o nexo de causalidade, acarretará a responsabilidade civil do Estado – enfatizando-se que União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão, a depender das circunstâncias do caso concreto, ser responsabilizados de forma independente ou concorrente.

4.3 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIZAÇÃO DECORRENTE DO DEVER (SEMPRE) DESCUMPRIDO – A INADMISSÍVEL OMISSÃO DO ESTADO NO COMBATE AO *RACIAL BIAS* NA SEGURANÇA PÚBLICA

Demonstrou-se nos tópicos antecedentes deste capítulo, respectivamente, que, por um lado as políticas de segurança pública impactam, em todos os níveis, de forma desproporcional a população negra, e, por outro lado, que diversas normas, em separado, e, principalmente, quando interpretadas conjuntamente – conjugadas a partir da *hermenêutica do oprimido*, tal

⁸⁶ Art. 53, Estatuto da Igualdade Racial (BRASIL, 2010a).

⁸⁷ Artigo V, *caput* e alínea b, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (BRASIL, 1969b).

⁸⁸ Artigo 8, Convenção Interamericana Contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (OEA, 2013).

como proposto por Adilson José Moreira (2020) – apontam diversas dimensões do dever do Estado de combater o *racial bias* na segurança pública. Este dever decorre, conforme evidenciado, de previsões expressas do Estatuto da Igualdade Racial e da Convenção Interamericana de Combate ao Racismo – e estão em total consonância com o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que determina que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros [...] à segurança”⁸⁹, e é ainda um dever absolutamente compatível – para não dizer imprescindível – aos objetivos fundamentais da República, constantes do art. 3º, também da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ressalta-se que as aludidas múltiplas dimensões desse dever decorrem, pois, do fato de que outros deveres, como o constante do art. 12, da Convenção Interamericana Contra o Racismo, que estabelece o dever estatal de realizar pesquisas sobre “a natureza, as causas e as manifestações do racismo, da discriminação racial e formas correlatas de intolerância em seus respectivos países, em âmbito local, regional e nacional” (OEA, 2013) – em aplicação específica a segurança pública, são imprescindíveis para a possibilidade de cumprimento do dever de combate ao *racial bias* nesse âmbito (como historicamente ressaltam os pesquisadores que se debruçam sobre esse tema). Em sentido semelhante se poderia apontar a obrigação constante do art. 59, do Estatuto da Igualdade Racial. Ademais, conforme se esmiuçarà adiante, a inobservância do dever de combate ao *racial bias* enseja desdobramentos distintos em nível coletivo e individual.

O primeiro aspecto a se destacar é que a partir da superveniência do Estatuto da Igualdade Racial, passa a existir no ordenamento jurídico brasileiro uma norma que prevê expressamente a necessidade de que sejam adotadas medidas positivas especificamente para coibir a violência policial incidente sobre a população negra (art. 53). Tiago Vinicius André dos Santos (2012, p. 18), ao comentar sobre esse dispositivo, classifica-o como uma “norma de conteúdo programático, isto é, estabelece os caminhos a serem perseguidos pelos órgãos estatais”. Assumindo-se essa classificação como etapa inicial da reflexão, ela enseja uma série de questões e desdobramentos fundamentais para o presente estudo. Isto se deve, pois, como consigna Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 890), as normas programáticas relacionam-se a direitos sociais – ou seja, o art. 53, do Estatuto da Igualdade Racial, aproximar-se-ia do sentido de segurança constante do art. 6º, *caput*, da Constituição Federal.

⁸⁹ É forçoso que se reconheça que a expressão “de qualquer natureza” extrapola a mera igualdade formal/procedimental.

Em sentido semelhante ao supra apontado (com base em Virgílio Afonso da Silva (2021)), Leila Machado Costa (2012, p. 94) entende o conceito de segurança como plurissignificativo, tendo como significação básica do conceito que se trataria de “ação e o efeito de garantir algo, podendo, portanto, ser a ação de tornar a coisa livre de perigos e incertezas ou o resultado da ação de preservação ou de restabelecimento do estar seguro”. Prosseguindo, a autora pontua que:

Assim, podemos dizer que “segurança” é a liberdade de um viver seguro nos âmbitos pessoal, comunitário, social, coletivo e, ainda, nacional; afinal, a segurança “sempre se constituiu na necessidade inerente à coexistência humana” (SANTOS JUNIOR; THOMAZINI, 2012). Não é concebível que a pessoa humana possa viver atemorizada por desemprego, perseguições políticas, racismo, discriminações, instabilidade econômica, incerteza em suas relações e negócios jurídicos, perda da dignidade, criminalidade, violência, terrorismo e etc. Enfim, segurança é o estar livre do temor (ALMEIDA, 1996, p. 63) de todas e quaisquer vicissitudes que possam assolar a pessoa humana na sua vida em sociedade e, também, enquanto cidadão participante de uma Nação.

Entretanto, esse sentido amplificado de “segurança”, assume características próprias e restritas, a depender dos vários campos de proteção da estabilidade, recebendo o adjetivo que a qualifica. (COSTA, 2012, p. 94)

Aponta-se como a previsão de segurança tanto enquanto direito individual (art.5º, CF/88), quanto direito social (art. 6º, CF/88), expressa a tensão do papel estatal, que, por um lado deve se abster de agir para assegurar as liberdades individuais e por outro deve se empenhar em assegurar a segurança pessoal contra possíveis violação as liberdades e direitos individuais praticadas por outros sujeitos – nesse cenário o direito social surgiria como um direito fundamental de segunda geração, em complementariedade, visando assegurar a atuação positiva do Estado (no caso tendente a assegurar a segurança) numa perspectiva de igualdade material entre os sujeitos (COSTA, 2012, p. 95–103). Essa concepção clássica, entretanto, é tensionada pelos desafios impostos pelo combate ao *racial bias* na segurança pública, tensionando inclusive a teoria administrativista do órgão (unitarista), vez que impõe o reconhecimento de uma dualidade estatal, uma separação entre o Agente e a estrutura, impondo que a estrutura estatal se empenhe – adote medidas positivas – para assegurar que o Agente estatal se abstenha de atuar de forma discriminatória, orientado pela raça – seja essa orientação consciente ou inconsciente.

Os direitos sociais, segundo concepção clássica formulada por J. J. Gomes Canotilho, apresenta-nos Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 889), caracterizar-se-iam, em sua execução, pela gradatividade ou gradualidade na sua realização, pela dependência financeira do orçamento público, “tendencial liberdade de conformação (definição) pelo legislador em relação às políticas públicas a serem assumidas (as políticas de realização destes direitos) e ainda pela “insuscetibilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos, a

não ser quando estes se mostram em clara contradição com as normas constitucionais ou quando manifestamente desarrazoados” (CANOTILHO *apud* FERNANDES, 2020, p. 889).

Portanto, estar-se-ia diante de uma linha leitura mais rígida da “separação de poderes”, em que as normas de direito social seriam “questão interna aos órgãos políticos do Estado, que a partir de razões pragmáticas (por exemplo: políticas) estabelecia a lista de prioridades internas a esses direitos, bem como os modos e formas de sua concretização” (FERNANDES, 2020, p. 889). Essa concepção, contudo, tem sido alterada:

Porém, numa perspectiva mais ampla, a doutrina vem entendendo, conforme preleciona Andréas Krell que "as normas programáticas sobre direitos sociais, que hoje encontramos na grande maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas 'normas-programa' prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas". Nesses termos, "elas não representam meras recomendações (conselhos) ou preceitos morais com eficácia ética-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável" (KRELL *apud* FERNANDES, 2020, p. 890)

Essa nova perspectiva se assenta na constatação de que compreender os direitos sociais meramente como normas programáticas “implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais, o que não se coaduna com o sistema de direitos fundamentais previsto constitucionalmente e com sua aplicação imediata” (FERNANDES, 2020, p. 890). O autor prossegue apontando, com base em lição de Daniel Sarmento, que atualmente a tese que possui mais adeptos relativo a direitos sociais é que esses seriam direitos subjetivos *prima facie*, extrapolando a consideração desses como mera norma programática e entendendo-os como possuindo natureza principiológica, não se chegando ao extremo de afirmar esses como direitos subjetivos definitivos (garantidos de forma definitiva), estando suscetíveis a ponderação no caso concreto (inclusive por aplicação da regra de proporcionalidade) e, em caso de prevalência, ai sim esses se tornariam direitos subjetivos definitivos – segundo Sarmento “[...] esta solução é profundamente comprometida com a efetivação dos direitos sociais, mas leva em consideração todas as dificuldades táticas e jurídicas envolvidas neste processo, bem como a existência de uma ampla margem de liberdade para os poderes neste campo, decorrente não só da legitimidade democrática, como também de sua maior capacidade funcional” (SARMENTO *apud* FERNANDES, 2020, p. 891–892).

Ressalta-se na doutrina que, em que pese a superação da teoria clássica acerca dos direitos sociais, numa tendência concretista “mitigada” (na qual, em que pese a necessidade de se assegurar um mínimo existência, não há como ignorar a “reserva do possível” ou a escassez de recursos), essa continua ecoando de forma importante, mormente a partir de suas

preocupações atinentes a limitações orçamentárias e separação de poderes – na forma do princípio da legalidade da despesa, representado pelo questionamento acerca da “possibilidade do Poder Judiciário prolatar decisões que determinam a realização de gastos (sem a legal previsão orçamentária) para satisfazer direitos sociais” (FERNANDES, 2020, p. 892–896). O doutrinador prossegue apontando como o STF em mais de uma oportunidade adotou entendimento no sentido de se assegurar o direito pleiteado, donde se assentou que:

[...] não seria dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais fossem ameaçados. Outrossim, não caberia ao magistrado agir sem que fosse provocado, transmutando-se em administrador público. Nesses termos, a decisão deixa assente que o juiz só poderia intervir nas situações em que se evidenciasse um "não fazer" comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que colocasse em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados. Portanto, no que tange a separação dos poderes, o magistrado não deve substituir o gestor público, mas pode compeli-lo (obrigá-lo) a cumprir o programa constitucional vinculante, especialmente quando se trata de preservar a dignidade da pessoa humana. Entendeu o ministro Roberto Barroso, que a judicialização não substitui a política, mas há exceções, como no caso, em que se trata de proteger os direitos de uma minoria sem direitos políticos (como os presos), sem capacidade de vocalizar as próprias pretensões. Já no que tange a reserva do possível (aqui trabalhada) afirmou o ministro Esdon Fachin, que a cláusula da reserva do possível somente seria oponível se objetivamente verificado o justo motivo que tivesse sido suscitado pelo poder público para não realizar o mandamento constitucional. (FERNANDES, 2020, p. 899)

Nesse sentido, cabe pontuar que nas situações ora em estudo, sequer parece haver qualquer tensão entre o direito subjetivo de pessoas negras à segurança adequada e o direito da coletividade à segurança – não há semelhança, por exemplo, com casos em que assegurar medicamentos de alto custo para uma pessoa poderia implicar na falta de medicamentos para um grupo de pessoas. Do mesmo modo, não há tensão entre assegurar a segurança adequada à população negra e a segurança de indivíduos, pelo contrário, no caso de pessoas negras, pode-se afirmar que o destino dos sujeitos negros está diretamente vinculado ao status do grupo⁹⁰, a ser promovido por uma política adequada de segurança.

⁹⁰ “Nossa proposta de uma hermenêutica do oprimido deve apresentar uma definição da palavra que qualifica essa proposta interpretativa. O termo oprimido designa, nessa proposta, aquele indivíduo que faz parte de um grupo cujos membros enfrentam exclusão social em função de relações arbitrárias de poder, as quais os situam em formas de status subordinado. Embora essa pessoa possa não estar na mesma situação na qual a maioria dos membros do grupo se encontra, sua trajetória pessoal está associada ao destino dos demais. Os membros desse grupo não se encontram em uma mesma situação de subordinação em função da sua pluralidade interior; muitos desses indivíduos também são membros de outros grupos ou estão em diferentes classes sociais. Apesar da diferença das condições de vida entre os vários segmentos desse conjunto de pessoas, o critério que as designa submete todas elas a uma situação de vulnerabilidade, embora possa ser maior ou menor. A condição de subordinação decorre da circulação permanente de estigmas culturais que legitimam formas de discriminação, o que tem como consequência a ausência do gozo do mesmo nível de respeito e estima social. Esses estigmas legitimam práticas discriminatórias que se tornam formas ordinárias do funcionamento de instituições públicas e privadas, práticas que podem decorrer da vontade consciente de excluir essas pessoas de oportunidades ou podem operar de forma desconectada de vontades individuais porque se tornam meios de operação normal das

Outro aspecto a ser seriamente considerado é a questão da possível objeção a uma “reserva do possível”, pois, muito mais do que uma questão de escassez financeira, parece haver uma questão de escolha política de alocação de recursos⁹¹. À título exemplificativo, pode-se apontar que uma força policial devidamente treinada, instituições com procedimentos de *accountability* minimamente padronizados – ou seja, com mínima padronização sobre a produção e disponibilização de dados – e maior transparência, e até mesmo o uso de câmeras corporais, são medidas que inegavelmente beneficiariam a todos, em que pese o fato de que possivelmente, em níveis proporcionais, pudessem beneficiar mais a população negra – em razão de que atualmente, como demonstrado, a população negra, no que concerne as políticas de segurança pública, encontra-se em cenário de ampla desvantagem social.

Essa digressão acerca da natureza do direito constitucional à segurança acaba por reforçar a possibilidade de responsabilização civil do Poder Público em razão da omissão na adoção de medidas que visem combater o *racial bias* nas forças de segurança pública, posto que, mesmo que esse direito seja encarado em sua faceta de direito social – que, como se evidenciou, tem peculiaridades para sua judicialização –, o cenário da segurança pública para a população negra se mostra tão dramático que não parece ser exagero vislumbrar a possibilidade de concretização judicial de medidas tendentes a resguardar o direito à segurança dessa parcela da população⁹². Se é possível vislumbrar a adoção de medida tão intervencionista, por certo

instituições. Pessoas oprimidas sofrem danos constantes ao status cultural e ao status material, motivo pelo qual a condição de vulnerabilidade pode ser reproduzida ao longo tempo, sendo que esses danos afetam as diversas dimensões de suas vidas.” (MOREIRA, 2020, p. 311–312)

⁹¹ “[...] a partir do pensamento de Ronald Dworkin, percebemos que, na verdade, toda a discussão sobre a reserva do possível ou do mínimo existencial está posta para mascarar o problema da escolha política quanto à alocação de recursos orçamentários levada a cabo pelos Poderes Executivo e Legislativo. Oculta-se, na verdade, a inexistência de qualquer programa político, a curto, médio e longo prazo, voltado para as ações sociais” (DWORKIN; SOUZA CRUZ *apud* FERNANDES, 2020, p. 899)

⁹² À título exemplificativo, da ementa de decisão proferida pela Segunda Turma do STF, em decisão de relatoria do Min. Celso de Mello, no AI 598212 ED – que discutia a implementação de Defensoria Pública no Estado do Paraná, extrai-se o seguinte excerto “AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – DEFENSORIA PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICIONAL DE

seria admissível a responsabilização do Estado pelos danos suportados por terceiros decorrentes dessa omissão, medida muito menos intervencionista na perspectiva de separação de poderes. Frise-se que, antes de qualquer reserva do possível, há – e tenta-se ocultar – escolha política. Evidentemente, contudo, que para a concretização dessa possibilidade em casos concretos devem se fazer presentes os pressupostos da responsabilidade civil do Estado, que serão brevemente explorados a seguir.

4.3.1 Violação do dever estatal de combate ao *racial bias* na segurança pública: primeiros esboços dos pressupostos da responsabilidade civil:

Há décadas os estudiosos que se debruçam a compreender a segurança pública no país e/ou as relações raciais denunciam a atuação discriminatória das polícias. Lélia González (1984, p. 228–231), ao refletir sobre a violência simbólica que incide de maneira especial sobre a mulher negra, denunciava que:

Mas é justamente aquela negra anônima, habitante da periferia, nas baixadas da vida, quem sofre mais tragicamente os efeitos da terrível culpabilidade branca. Exatamente porque é ela que sobrevive na base da prestação de serviços, segurando a barra familiar praticamente sozinha. Isto porque seu homem, seus irmãos ou seus filhos são objeto de perseguição policial sistemática (esquadrões da morte, "mãos brancas" estão aí matando negros à vontade; observe-se que são negros jovens, com menos de trinta anos. Por outro lado, que se veja quem é a maioria da população carcerária deste país) (GONZALEZ, 1984, p. 231)

Dora Lucia de Lima Bertulio denunciava de forma incisiva que:

Já nos referimos à ação policial como uma das armas racistas institucionais. Ana Lucia Valente permite outra incursão nesta discussão, ao registrar uma inscrição gravada na Escola de Polícia de São Paulo: "Um negro parado é suspeito; correndo é culpado". A violência policial contra o negro está estampada nos jornais e noticiários de Televisão, sem que os jornalistas façam referência a essa "particularidade" dos violentados. [...] A polícia, quer do Estado(militar), quer a civil, com o apoio das normas, as "justificativas" e introjeções de toda a cadeia de juristas, doutrinas, regras, regulamentos e leis, assimila, para sua ação de rotina, estereótipos que fazem delas um dos grandes braços continuadores dos racistas imperiais para o extermínio da população negra e deformação de sua auto-estima. Isto ao ponto de permitir, muito frequentemente, mães amedrontando seus filhos - hoje, em fins do século XX – com a ameaça de chamar ou dar a criança a um negro! – "Cuidado! um negro!"

LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA [...]” (BRASIL, 2014)

Desses excertos é possível inferir uma série de elementos – que não serão todos ora desenvolvidos – como o fato de que a violência policial incide diferentemente sobre a população não só em razão da raça, como ainda em razão do gênero. Ademais, percebe-se a participação da mídia e dos juristas na perpetuação desse cenário trágico, que violenta corpos e mentes da população negra, retirando ou afetando suas vidas, e, à nível populacional, dilapidando seus status cultural e material.

Para corroborar esse cenário histórico de violência sistemática por parte das polícias no país, cabe remeter a obra de Teresa Pires do Rio Caldeira (2000), que traz alguns pertinentes dados:

Em 1991, apenas a polícia militar matou 1.140 pessoas no estado de São Paulo durante "confrontos com criminosos"; em 1992, o número de mortes foi de 1.470. Este último número inclui 111 presos massacrados na Casa de Detenção, a maior prisão de São Paulo, em 2 de outubro. A maioria das mortes causadas por policiais (87,5% em 1992) ocorreram na cidade de São Paulo e em sua região metropolitana. Uma comparação revela o absurdo desses números: em 1992, a polícia de Los Angeles matou 25 civis em confrontos, e em Nova York, a polícia matou 24 civis (Chevigny 1995: 46, 67). Em 1992, as mortes provocadas pela polícia representaram 20,63% de todos os homicídios na região metropolitana de São Paulo, mas apenas 1,2% do total em Nova York e 2,1% em Los Angeles. (CALDEIRA, 2000, p. 135)

Posteriormente, tratando especificamente sobre a escalada da violência policial a autora pontua que:

O Brasil é hoje uma democracia em que os direitos políticos e a liberdade de organização e de expressão são amplamente garantidos. Assim sendo, os principais alvos da violência policial não são adversários políticos, mas sim os "suspeitos" (supostos criminosos), em sua maioria pobres e desproporcionalmente negros. Em parte por causa do apoio popular a essa violência, as violações dos direitos humanos são uma questão pública, exibidas diariamente pelos meios de comunicação de massa, livres de censura. [...]

Recentemente, as práticas de tortura e execuções sumárias pela polícia, assim como as condições degradantes das prisões e os problemas com o sistema judiciário, têm sido amplamente documentados por instituições que defendem os direitos humanos [...]

Como resumiu um dos relatórios do Americas Watch sobre a violência policial em São Paulo e Rio, em geral "a polícia militar, uma força de patrulha uniformizada, é responsável por execuções sumárias, e a polícia civil, encarregada da investigação, é responsável por tortura" (1987: 6). No que se refere à tortura, esse achado é confirmado por vários estudos, inclusive aqueles de Lima (1986) e Mingardi (1992), que apresentam a tortura como quase uma rotina da polícia civil no tratamento de suspeitos e um método ligado à corrupção. [...]

Apesar de existir documentação, a instauração de processos contra policiais envolvidos em tortura e outros crimes não tem sido muito comum. Além disso, a informação sobre tais processos no estado de São Paulo está disponível apenas para o período pós-1983, quando o primeiro governador eleito depois da instalação do regime militar tomou posse. (CALDEIRA, 2000, p. 158–159)

Verifica-se, portanto, que o panorama atual da segurança pública apontado no item 4.1 do presente trabalho em nada difere do panorama histórico da segurança pública no país,

marcado por assombrosa e sistemática violência policial que incide de forma diferenciada sobre a população negra.

A reiteração desse tópico visa reforçar a omissão estatal histórica no combate ao *racial bias*, cumprindo destacar ainda que, se Convenções Internacionais como a Convenção Internacional Contra o Racismo têm relevância na determinação do dever jurídico estatal, por consequência, mostra-se relevante compreender o que os órgãos internacionais responsáveis pela fiscalização dessas Convenções estabeleceram acerca da responsabilidade estatal no tocante ao racismo, violência e segurança pública. Em âmbito internacional, em mais de uma oportunidade e em sistemas diversos de proteção aos direitos humanos foi reconhecida situação semelhante as acima denunciadas pelas autoras.

Em relatório do Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, Philip Alston, ligado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, referente a missão ocorrida no Brasil entre 4 e 14 de novembro de 2007, registrou-se, na parte do histórico sobre as altas taxas de criminalidade e de homicídio, que “homicídio é a principal causa de morte para pessoas com idade entre 15 e 44 anos, e as vítimas são esmagadoramente jovens, homens, negros e pobres” (ALSTON, 2009, p. 7). Ademais, o relator fez constar na parte em que discorria sobre as execuções extrajudiciais pela polícia na “guerra” ao crime e nas megaoperações policiais no Rio de Janeiro que:

O grau em que a matança de “criminosos” é tolerada e até mesmo publicamente encorajada por altos funcionários do governo explica em muito por que o número de mortes por policiais é tão alto e por que eles são investigados de forma tão inadequada. O atual secretário de Segurança Pública, José Mariano Beltrame, comentou que, embora a polícia faça o possível para evitar vítimas, não se pode “fazer uma omelete sem quebrar alguns ovos”. Tais declarações públicas e os métodos de estilo militar usados nas megaoperações levaram os moradores das favelas a se tornarem cada vez mais cínicos em relação à polícia. A visão de que as operações policiais são planejadas com o propósito de matar jovens negros e pobres é surpreendentemente comum. A retórica oficial de “guerra”, a aquisição de equipamentos militares e símbolos policiais violentos apenas tornam essas visões mais amplamente aceitáveis.⁹³ (ALSTON, 2009, p. 16)

⁹³ Tradução livre de: “The degree to which the killing of “criminals” is tolerated and even publicly encouraged by high level Government officials goes a long way to explaining why the numbers of killings by police are so high, and why they are so inadequately investigated. Current Secretary for Public Security José Mariano Beltrame commented that, while police did their best to avoid casualties, one could not “make an omelet without breaking some eggs”.³³ Such public statements, and the military-style methods used in mega-operations, have led favela residents to become increasingly cynical about the police. The view that police operations are planned for the very purpose of killing poor, black, young men is surprisingly mainstream. The official rhetoric of “war”, the acquisition of military hardware, and violent police symbols only make these views more broadly acceptable”.

Conclusão semelhante foi apresentada pelo “Grupo de Trabalho de Especialistas em Afrodescendência” em missão no Brasil entre 4 e 14 de dezembro de 2013, onde apontaram que:

A polícia é responsável pela manutenção da segurança pública conforme afirma a Constituição Federal, mas o racismo institucional, a discriminação e a cultura de violência levam a práticas de perfilamento racial, policiamento excessivo, chantagem, tortura, extorsão e humilhação, principalmente contra os afro-brasileiros. O uso da força e da violência para controle do crime e segurança pública tornou-se aceito pela sociedade em geral porque é perpetrado contra um setor da sociedade cujas vidas não são consideradas valiosas. O Grupo de Trabalho vê isso como a fabricação de um inimigo interno que justifica o uso de táticas militares para controlar o comportamento criminoso e reduzir as liberdades públicas e privadas. (WORKING GROUP OF EXPERTS ON PEOPLE OF AFRICAN DESCENT, 2014)

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, no caso *Simone André Diniz vs. Brasil*, a CIDH ao realizar um resumo sobre a situação racial no Brasil, registra que “a violência policial no Brasil vitimiza desproporcionalmente pretos e pardos” e que “[...] o perfil racial determina um alto número de detenções ilegais e que a população negra é mais vigiada e abordada pelo sistema policial, sendo esse tema objeto de recomendação pela Comissão não somente em relatório geral sobre o país mas também em relatório de mérito” (CIDH, 2006).

Já na “análise sobre os méritos” feita pelo órgão quando da apreciação do caso *Wallace de Almeida vs. Brasil*, pontou-se que:

64. Segundo os registros do sistema de saúde do Brasil baseados em certidões de óbito, há dados sobre a cor/raça das vítimas de homicídio em 20 (vinte) unidades da Federação. As estatísticas não deixam dúvidas: ser negro, jovem, do sexo masculino e solteiro significa ser um alvo preferencial da violência letal no Brasil. Dos 20 (vinte) estados analisados, somente em um, o Paraná, a proporção de brancos assassinados é maior do que a de negros. Note-se, entretanto, que nesse Estado a proporção de negros em relação à população total é de 24,7%. A população branca corresponderiam os outros 74,3%. Esses dados são do Censo Demográfico, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, IBGE, 2003.[29]

65. A Comissão assinala que a maioria das vítimas da violência policial no território do Estado são jovens pobres, de raça negra ou mestiça, e que muitos deles não possuem antecedentes criminais. Segundo a UNESCO, 93% das vítimas de homicídio no Brasil em 2000 eram homens. Os jovens entre 15 e 24 anos de idade têm 30 vezes mais probabilidades de serem vítimas de homicídio. Os negros jovens estão sujeitos ao dobro de homicídios. Dos 17.900 jovens que morreram em 2002 vítimas de homicídio, 11.308 eram negros e 6.592, brancos.[30]

66. A quantidade desproporcionalmente alta de indivíduos com traços próprios da raça negra entre as vítimas fatais das ações da polícia é um indício claro da tendência racista existente nos aparelhos de repressão do Estado. Pode-se argumentar que o grupo em questão não é o alvo mais freqüente da ação policial por causa do fenótipo, mas, sim, porque os negros e pardos fazem parte, na sua maioria, da população de mais baixa renda, razão por que estariam envolvidos em maior número nos crimes violentos. Outro estudo coordenado pelo já citado sociólogo Ignacio Cano[31] sugere, entretanto, que tal hipótese não tem sustentação. O referido estudo mostrou que no Rio de Janeiro a proporção de negros mortos pela polícia era maior do que a de brancos, tanto dentro como fora das favelas. A análise dos dados confirmou que a

diferença na possibilidade de sobrevivência entre pessoas de fenótipo distinto é estatisticamente significativa e não depende do lugar onde ocorrem os confrontos com a polícia. A probabilidade de que morram negros nesses confrontos é muito maior nas favelas, uma vez que eles conformam a maioria da população local. Mas a diferença no número de brancos e negros mortos pela polícia em outras zonas também é ostensivamente marcante e formada, na maioria das vezes, por indivíduos do último grupo. (CIDH, 2009)

Poder-se-ia mencionar inúmeros outros documentos internacionais exarados no âmbito dos Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos, tanto Global quanto Interamericano, que asseveram a histórica e sistemática violência de Estado que é imposta sobre a população negra pelas forças policiais no país, com anuência dos poderes constituídos. Tendo sido devidamente estabelecido o dever específico de combate a esse resultado, bem como tendo sido demonstrada indubitável e tragicamente a falha do Estado no cumprimento desse dever, resta a verificação sobre como se daria a responsabilização civil do Poder Público pelos danos suportados

4.3.1.1 Responsabilidade objetiva ou subjetiva?

Ante todo o exposto até o presente momento, evidenciou-se que o Estado deve ter sua responsabilidade apurada pelo prisma objetivo quando os danos suportados por terceiro em decorrência de atuação do Poder Público na segurança pública remontem a uma conduta comissiva ou a uma sequência de condutas comissivas – por exemplo, deve-se apurar sob o viés objetivo a responsabilidade do Estado em decorrência de morte ou lesão provocada por atuação policial equivocada ou exacerbada e por prisões equivocadas decorrentes de reconhecimento fotográfico realizadas sem qualquer rigor metodológico. Essa, contudo, não é a hipótese investigada no presente trabalho, que se centra na investigação acerca da possibilidade de responsabilização do Estado em decorrência de um ato, nos casos de danos individuais, anteriores a ocorrência desses, qual seja, a omissão Estatal no combate ao *racial bias* nas forças que atuam na segurança pública, vez que essa omissão enseja o ambiente profícuo para ocorrência de danos à pessoas negras. No presente tópico se objetiva, portanto, determinar se a responsabilização do Estado por essa omissão deve ser objetiva ou subjetiva.

Como visto no tópico 3.2.1.2, parcela significativa da doutrina administrativista entende que a cláusula geral de responsabilização objetiva do Estado, prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal, não se aplicaria indiscriminadamente a todos os danos indenizáveis decorrentes de condutas dos Agentes Estatais – nos casos em que esses se relacionassem a

condutas omissivas, dever-se-ia, a depender do marco teórico adotado, classificar essa omissão em específica ou geral (aplicando-se a responsabilidade objetiva ao primeiro caso e subjetiva ao segundo)⁹⁴, ou simplesmente aplicar a responsabilidade subjetiva⁹⁵ ou objetiva⁹⁶.

Em que pese a sofisticação das diferentes construções doutrinárias acerca da responsabilização do Estado decorrente de omissões, no sentido de se afastar a cláusula geral de responsabilidade objetiva do Estado decorrente do texto constitucional para se evitar que o Poder Público se torne um “segurador universal”⁹⁷, a situação em questão no presente trabalho não se amolda a qualquer dos modelos pré-concebidos pela doutrina – nenhuma delas se dedicou a refletir acerca da responsabilidade civil do Estado decorrente de racismo institucional (que se dá sob a forma de discriminação indireta). A principal preocupação no caso das omissões é que o Estado viesse a responder “[a]nte qualquer evento lesivo causado por terceiro” (MELLO, 2015, p. 1043), no entanto, conforme já apontado, o racismo institucional tenciona a teoria unitarista do órgão, na medida que a omissão da estrutural estatal em combater o *racial bias* na segurança pública cria o ambiente propício para que seus Agentes – que na concepção unitarista seriam o próprio Estado – atuem de forma discriminatória. Ou seja, a omissão estatal não enseja, nos casos objeto do presente estudo, situação em que terceiros seriam responsáveis por causar dano quando caberia ao Estado evitar o resultado – é o próprio Poder Público o causador do dano que cabe a ele evitar. Portanto, deve prevalecer a responsabilidade objetiva do Estado, conforme estabelece o art. 37,§6º, da Constituição Federal.

4.3.1.2 Dano indenizável

Adilson José Moreira (2020, p. 55) afirma que o Direito Antidiscriminatório “pressupõe a existência de um regime jurídico de responsabilidade estatal que implica a ideia da necessidade de reparação de danos causados aos indivíduos por ações intencionais ou omissivas que lhes tragam prejuízos”, sendo a responsabilidade objetiva estatal “um elemento importante do sistema protetivo cujos elementos estamos delineando”, por fim, o autor pontua

⁹⁴ Como propõem Cavalieri Filho (2014) e Juliano Heinen (2020, p. 1304–1306).

⁹⁵ Solução proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016).

⁹⁶ Proposta de Cahali (2007).

⁹⁷ Expressão recorrente na doutrina, por todos se menciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1043): “Ademais, solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o “serviço não funcionou”. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal!”

que “é necessário demonstrar que um ato discriminatório estatal tenha causado um dano a uma pessoa ou grupo de pessoas”, mas que a responsabilização estatal também pode ocorrer “quando normas que são neutras impactam de forma desproporcional membros de grupos vulneráveis”. Essa última afirmação é, na mesma medida, fundamental e desafiadora – certamente merecedora de desenvolvimentos futuros próprios e mais detalhados, na medida em que aponta a responsabilidade civil do Estado para uma coletividade. Por ora, pode-se afirmar que essa hipótese encontra guarida na previsão do art. 55, do Estatuto da Igualdade Racial, que estabelece a Ação Civil Pública com instrumento processual, dentre outros, para “a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica” (BRASIL, 2010a).

Quando se está a cogitar o dano suportado pelo grupo formado pelas pessoas negras, conforme melhor se apresentará no tópico sobre o nexos causal, esse, juridicamente, decorre diretamente da omissão estatal, cuja contraface é justamente a aplicação de normas neutras (quando não deveriam o ser) que impactam desproporcionalmente a população negra. O dano, portanto, em uma perspectiva coletiva, é o próprio impacto desproporcional da segurança pública sobre a população negra, vez que esse impacta nas possibilidades de negras e negros de exercerem sua cidadania de forma plena e autônoma, contribui decisivamente para perpetuação do status cultural e material diferenciado do grupo, em suma, perpetua e/ou agrava a situação de marginalização social.

No que concerne as demandas individuais, o dano resultante da ação Estatal é agravado pela omissão Estatal anterior, perpetuando o racismo institucional, vez que a ação discriminatória (seja ela direta ou inconsciente), atinge interesses existências distintos – em outras palavras, há uma relação de concausalidade na medida em que a vítima direta ou por ricochete tem seus interesses existenciais afetados de forma mais intensa e diferenciada, até em razão de que possivelmente interprete que o episódio danoso decorreu do racismo institucional. O dano é, portanto, anormal, vez que sob hipótese alguma pode ser considerada um “pequeno ônus”, e é especial (específico) na medida que atinge um indivíduo ou uma parcela específica e determinada da população – a população negra.

4.3.1.3 Nexos de causalidade

Conforme exposto no item 3.2.1.3, o nexos de causalidade é, especialmente nos casos de omissão, “um vínculo lógico-normativo”, expressão utilizada por Farias, Rosenvald e Neto

(2017, p. 656) e que os autores apontam ser adotada pelo STJ em julgados. O art. 53, também do Estatuto da Igualdade Racial, é expresso ao afirmar que o Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra. Poderiam ser adotadas medidas como treinamento adequado, cursos de reciclagem, padronização de condutas, medidas que visem assegurar a responsabilização dos Agentes que usem força excessiva ou atuarem de forma discriminatória e regulamentação da produção e divulgação de dados sobre a atuação policial, que, contudo, ante a omissão estatal, não são adotadas.

Soma-se a esta disposição normativa o artigo 8 da Convenção Interamericana Contra o Racismo, que estabelece que os Estados partes se comprometem a garantir “que a adoção de medidas de qualquer natureza, inclusive aquelas em matéria de segurança, não discrimine direta ou indiretamente pessoas ou grupos” com base na raça, bem como o artigo 10, em que os Estados partes se comprometem a garantir às vítimas de racismo, discriminação racial ou formas correlatas de intolerância, dentre outras garantias, a “reparação justa” no âmbito civil (OEA, 2013). Essas normas permitem estabelecer o parâmetro a partir do qual a reponsabilidade do Estado deve ser apurada, verificando-se se há relação de causalidade – as normas estabelecem, por um lado, o dever de evitar o resultado discriminação (direta ou indireta) com base na raça na segurança pública, e, por outro, que devem ser adotadas medidas especiais que coíbam a violência policial, de modo que, é forçoso que se reconheça, que ao menos juridicamente, da inação estatal decorre a concretização do resultado que deveria ser evitado (ou ao menos mitigado, numa perspectiva de que é ínsito ao direito social sua garantia gradativa).

Nas demandas individuais é possível que haja, no que tange onexo de causalidade, uma camada adicional de dificuldade na caracterização desse, pois a mera demonstração de um cenário geral de atuação permeada por *racial bias* dificilmente será entendido como caracterizador do nexo causal, inclusive por influência da *teoria do dano direto e imediato*, ainda que mitigada sob a forma da *subteoria da necessariedade causal*, de modo que possivelmente será preciso demonstrar como o cenário geral de atuação discriminatória também se manifesta (influencia) naquele tipo concreto de conduta do Agente que tenha causado o dano e que é agravada pela omissão estatal que caracteriza o racismo institucional.

5 CONCLUSÃO

As conclusões do presente trabalho, é forçoso que se reconheça, ainda são precárias e carecem de desenvolvimentos futuros. Apesar de a possibilidade de responsabilização estatal por omissão no combate ao *racial bias* encontrar respaldo em todas as hierarquias normativas do nosso ordenamento jurídico, trata-se de fenômeno que coloca em xeque a doutrina tradicional, que pouco ou nada se dedica a refletir sobre a questão racial e o racismo no país, o que certamente resultará em resistência em reconhecer tal responsabilidade.

A partir do conceito de impacto desproporcional, buscou-se no presente trabalho, demonstrar, em um primeiro momento, os limites de uma teoria e epistemologia ortodoxa do direito, que, ocultando suas insepultas contradições, destina-se, primordialmente, conscientemente ou não, ao papel de legitimação da violência perpetuadora das ilegítimas hierarquizações sociais. Almejou-se evidenciar que essa teoria e epistemologia produzem as instituições jurídicas e se reproduzem nessas, formando a subjetividade dos atores institucionais e inspirando seus atos.

O propósito dessa operação de “desvelamento” da dimensão política do exercício do poder estatal, evidenciando o papel do Direito (e de seus intérpretes) nisso, mormente a partir do apontamento do entrelaçamento entre modernidade e colonialidade – essa face que se tenta ocultar do período em que surgiram as bases do Constitucionalismo Moderno – que engendra o racismo no Direito, era, a partir dessa crítica, sedimentar as bases para a compreensão de uma hermenêutica baseada no direito antidiscriminatório. Nesse aspecto, torna-se evidente que uma limitação do presente trabalho é com relação a possibilidade de uma reconstrução de uma tradição do direito antidiscriminatório, que surge e se desenvolve no contexto estadunidense, sendo posteriormente apropriado no contexto nacional e adquirindo desenvolvimento próprio. Ante a impossibilidade de se conciliar a reconstrução de toda essa tradição, inclusive com o necessário apontamento das especificidades de cada contexto – com as diferenças decorrentes de um sistema de tradição no *common law* para o nosso, baseado em *civil law* –, optou-se por apresentar a crítica epistêmico-teórica do Direito que já se desenvolvia no país, agregando-se autores brasileiros inseridos na perspectiva antidiscriminatória para suprir eventuais lacunas dessa crítica.

No segundo capítulo, por sua vez, buscou-se apresentar a responsabilidade civil do Estado, na medida do possível, em sua historicidade, de modo a ser possível se aperceber das disputas de modelos estatais subjacentes a cada paradigma concorrente. Nesse aspecto, uma limitação do presente trabalho foi quanto a necessidade de se restringir aos textos doutrinários,

sem que fosse possível explorar em maior profundidade as nuances da jurisprudência história da responsabilidade do Estado.

Os dois primeiros capítulos forneceram subsídios para que no terceiro capítulo se tentasse propriamente responder o problema central do presente trabalho, qual seja, a possibilidade de responsabilização do Estado decorrente dos impactos desproporcionais das políticas de segurança pública suportados pela população negra. Para tanto, procedeu-se a uma exposição sobre o panorama da segurança pública no país, visando demonstrar como a população negra é afetada negativamente e de forma desproporcional em diversos aspectos pela atuação das forças de segurança pública.

Uma vez que se evidenciou esse panorama, passou-se então a delinear, a partir, principalmente, da Constituição Federal, quais seriam os sentidos de um direito à segurança, nisso incluso a segurança pública, com vistas a confrontar as disposições normativas com o panorama real da segurança pública no país e verificar se dessas decorreria um dever de transformação deste. Em que pese a necessidade de posteriores complementações, pensa-se ter restado devidamente evidenciado a existência de dever específico de combate ao *racial bias* na atuação do Estado em segurança pública, que poderia, em casos concretos, ensejar a responsabilização do Estado por inobservância desse dever.

É inegável, contudo, que por se ater ao impacto desproporcional, principal faceta do que se designou de *racial bias*, o presente trabalho se focou naquelas modalidades de discriminação que se relacionam mais diretamente a esse fenômeno, a discriminação indireta e a discriminação inconsciente. Entretanto, evidentemente essas não são as únicas modalidades de discriminação a que a população negra está sujeita em decorrência da atuação estatal na segurança pública, cabendo destacar, com base no léxico da Convenção Interamericana Contra o Racismo, a discriminação direta, a discriminação agravada e as formas correlatas de intolerância, que, em razão de suas peculiaridades em relação as modalidades de discriminação ora enfocados, devem ser tratadas em trabalhos futuros. Apenas à título exemplificativo, a discriminação direta estaria sujeita a discussões no sentido de diferenciar a responsabilidade civil do Estado de uma apuração na seara criminal acerca da ocorrência de injúria racial.

Dentre os aprofundamentos que me parecem imprescindíveis, aponta-se a necessidade de que a jurisprudência da Corte-IDH seja melhor explorada, bem como que se verifique a aplicação das Convenções internacionais no contexto nacional, especialmente considerando a incidência dos entendimentos firmados pela Corte Interamericana nos julgamentos no país. Ademais, parece-me fulcral que se aprofunde as investigações acerca da dilação probatória

nesses casos, tanto no sentido de se verificar a constitucionalidade, convencionalidade e legalidade da utilização, por parte do Estado, de inquéritos policiais militares para esse fim, bem como a questão do ônus probatório – haja vista que caberia ao Estado produzir os dados que podem ensejar sua responsabilização. Outros aspectos que carecem de estudos posteriores são os distintos desdobramentos da inobservância do dever de combate ao *racial bias* na segurança pública à nível coletivo e individual e ainda, sobre a possibilidade de efetivação judicial de políticas públicas com o propósito de suprir a omissão estatal nesse tocante.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, S. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

ALSTON, P. **REPORT OF THE SPECIAL RAPPORTEUR ON EXTRAJUDICIAL, SUMMARY OR ARBITRARY EXECUTIONS, PHILIP ALSTON, ON HIS MISSION TO BRAZIL (4-14 NOVEMBER 2007)**. [s.l.] HUMAN RIGHTS COUNCIL, 23 mar. 2009. Disponível em: <<https://undocs.org/A/HRC/11/2/Add.2>>. Acesso em: 12 set. 2021.

ANDRADE, B.; FERNANDES, B. D.; CARLI, C. DE. O fim do escravismo e o escravismo sem fim – colonialidade, direito e emancipação social no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, v. 6, n. 1, p. 551–597, 11 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15415>>. Acesso em: 14 ago 2021.

ANDRADE NETO, J. Participante ou observador? Uma escolha entre duas perspectivas metodológicas de estudo e aplicação do Direito. **Revista Direito GV**, v. 12, p. 869–891, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/j/rdgv/a/sDstDhXf4pPFz7rX5mYCWWC/?lang=pt>>. Acesso em: 11 set 2021.

BAGGENSTOSS, G. A. A subjetividade jurídica e o pacto heterocisnormativo. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade - REDES**, v. 9, n. 2, p. 105–119, 23 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6867>>. Acesso em: 03 ago 2021.

BALKIN, J. M.; SIEGEL, R. B. The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination. **Issues in Legal Scholarship**, v. 2, n. 1, 29 jan. 2003.

BENTO, M. A. DA S. **Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público**. Tese de doutorado—São Paulo: Universidade de São Paulo, 24 out. 2002. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-18062019-181514/pt-br.php>>. Acesso em: 19 ago 2021.

BERTULIO, D. L. DE L. **Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo**. Dissertação (mestrado)—Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 1989. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106299>>. Acesso em: 21 jul 2021.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal : parte geral 1**. 24. ed. [e-book] ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1

BRASIL. CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL. 25 mar. 1824.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. 24 fev. 1891.

_____. Lei nº 3.071. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 1 jan. 1916.

_____. Decreto nº 24.216. Decreto nº 24.216. 9 maio 1934 a.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. 16 jul. 1934 b.

_____. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. 10 nov. 1937.

_____. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. 18 set. 1946.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967. 24 jan. 1967.

_____. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1. 17 out. 1969 a.

_____. DECRETO Nº 65.810. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. 8 dez. 1969 b.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. 5 out. 1988.

_____. **Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279-4 República Argentina. Ministro Celso de Mello**, 10 ago. 2000. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>>. Acesso em: 21 ago. 2021

_____. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480-3 Distrito Federal. Ministro Celso de Mello**, 18 maio 2001. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 21 ago. 2021

_____. Lei nº 10.406. Código Civil. 10 jan. 2002.

_____. Lei nº 12.288. Estatuto da Igualdade Racial. 20 jul. 2010 a.

_____. PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 4.226. 31 dez. 2010 b. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/3871/2/PRI_GM_2010_4226.html>. Acesso em: 01 set 2021.

_____. **REsp 1266517/PR. Ministro Mauro Campbell Marques**, 4 dez. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101616968&dt_publicacao=10/12/2012>. Acesso em: 6 set. 2021

_____. **AI 598212 ED. Ministro Celso de Mello**, 25 mar. 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur261562/false>>. Acesso em: 12 set. 2021

BUENO, S. et al. Análise da letalidade policial no Brasil. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, v. 13, p. 58–65, 2019.

BUENO, S.; MARQUES, D.; PACHECO, D. As mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil em 2020. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021**, n. ano 15, p. 59–69, 2021.

CAHALI, Y. S. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3 rev. atual. e ampl. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALDEIRA, T. P. DO R. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. 1. ed ed. São Paulo: Ed. 34, 2000.

CAMPOS, T. Y. G.; LOPES, I. M. M. **RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE ACUSADOS EM SANTA CATARINA 2021**. Florianópolis: CENTRO DE ESTUDOS DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA DE SC - CECADep, 2021. Disponível em: <<http://defensoria.sc.def.br/wp-content/uploads/2021/03/Relat%C3%B3rio-CECADEP-Reconhecimento-Fotogr%C3%A1fico-SC.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2021.

CARRASCO, J. C. **Direitos humanos e segurança pública: prioridades conflitantes**. Tese (Doutorado em Direito)—São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015.

CARVALHO, S. DE. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão: Provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

CERQUEIRA, D. (ED.). **Atlas da Violência 2021 / Daniel Cerqueira et al**. São Paulo: FBSP, 2021.

CIDH. **RELATÓRIO Nº 66/06 - SIMONE ANDRÉ DINIZ vs. BRASIL**. Washington, D.C.: Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, 21 out. 2006. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm#_ftnref1>. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **RELATÓRIO Nº 26/09 - WALLACE DE ALMEIDA vs. BRASIL**. Washington, D.C.: Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, 20 mar. 2009. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil12440port.htm>>. Acesso em: 12 set. 2021.

CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

COÊLHO, B. F. A LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA COMO FATO GERADOR DO DEVER DE INDENIZAR À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. **Areópago Jurídico**, v. ano 4, n. edição n. 14, p. 31–41, 2011.

CONDEGE. **RELATÓRIO SOBRE RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO EM SEDE POLICIAL**. Palmas: Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais, fev. 2021. Disponível em: <https://trello-attachments.s3.amazonaws.com/5ed9417e30b44d560232a308/60772821f2f8e58a1b92f563/a9a3f1f6a00bf3b6dbfb4dc9ba61ea79/Relat%C3%B3rio_CONDEGE_-_DPERJ_reconhecimento_fotogr%C3%A1fico.pdf>.

CORRELL, J. et al. The police officer's dilemma: Using ethnicity to disambiguate potentially threatening individuals. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 83, n. 6, p. 1314–1329, 2002.

CORRELL, J. et al. The Police Officer's Dilemma: A Decade of Research on Racial Bias in the Decision to Shoot: The Police Officer's Dilemma. **Social and Personality Psychology Compass**, v. 8, n. 5, p. 201–213, maio 2014.

COSTA, L. M. **Segurança pública: direito fundamental social, política pública ou ainda um novo paradigma?** Dissertação de mestrado—Niterói: Universidade Federal Fluminense - UFF, 2012.

COVER, R. Nomos e narração. **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 2, n. 2, p. 187–268, 30 dez. 2016.

COVOLAN, F. C. Ações de Liberdade na Cidade de Campinas (1871-1888). **Revista Brasileira de História do Direito**, v. 1, n. 1, p. 01–19, 5 dez. 2015.

CRENSHAW, K. W. Twenty Years of Critical Race Theory: Looking back to Move Forward. **Connecticut Law Review**, 1 jan. 2011.

CUSTÓDIO, A. S. **A mulher negra e a (in) suficiência das leis protecionistas: a intersecção de raça e gênero no direito penal brasileiro**. TCC(graduação)—Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Direito., 14 dez. 2016.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIAS, J. DE A. **Da Responsabilidade Civil, Volume I**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1

DPERJ. **RELATÓRIO SOBRE RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO EM SEDE POLICIAL**. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 11 set. 2020. Disponível em: <<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

FARIAS, C. C. DE; ROSENVALD, N.; NETTO, F. P. B. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 3

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERREIRA, P. DA S. **A responsabilização da polícia que mata: um estudo de caso sobre o tratamento jurídico das abordagens policiais com resultado morte**. Dissertação (mestrado)—São Paulo: FGV DIREITO SP, 10 abr. 2019.

FLAUZINA, A. L. P. **CORPO NEGRO CAÍDO NO CHÃO: O SISTEMA PENAL E O PROJETO GENOCIDA DO ESTADO BRASILEIRO**. Dissertação de mestrado—Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; LABORATÓRIO DE ANÁLISE DA VIOLÊNCIA (LAV-UERJ). Metodologia do estudo sobre qualidade dos dados de homicídios 2021. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, v. 15, p. 352–379, 2021.

FRANCO, M. **UPP – a redução da favela a três letras: uma análise da política de segurança pública do estado do Rio de Janeiro**. Dissertação (mestrado)—Niterói: Universidade Federal Fluminense - UFF, 2016.

GOMES, V. R. R. **O uso da força policial sobre o prisma das legislações internacionais: uma análise sobre a capacitação e qualificação do efetivo policial militar da Bahia atuante nas companhias independentes de policiamento tático**. Dissertação mestrado profissional — Salvador: UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA, 23 fev. 2015.

GONÇALVES, P. P. DE P. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA PRIMEIRA REPÚBLICA: UM ESTUDO DE CASO. **Revista da SJRJ**, v. n. 23, p. 261–274, 2008.

GONZALEZ, L. RACISMO E SEXISMO NA CULTURA BRASILEIRA. **Revista Ciências Sociais Hoje**, p. 223–244, 1984.

_____. A categoria político-cultural de amefricanidade. **Tempo Brasileiro**, v. 92/93, p. 69–82, 1988.

Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/>>. Acesso em: 14 jul. 2021.

GUERRA, M. P.; FILHO, R. D. M. O regime constitucional da segurança pública. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. n. 219, p. 155–181, 2018.

HEEMANN, T. A. Igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos: **Revista Jurídica do Ministério Público - Eletrônica**, n. 12, p. 63–87, 2018.

HEINEN, J. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2020.

KAHN, J. **Race on the brain: what implicit bias gets wrong about the struggle for racial justice**. [e-book] ed. New York: Columbia University Press, 2018.

LEAL, M. C. H.; LIMA, S. S. **A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA PROTEÇÃO DE GRUPOS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE: DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL E SENTENÇAS ESTRUTURANTES**. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2021.

LIMA, R. S. DE; BUENO, S.; MINGARDI, G. Estado, polícias e segurança pública no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 12, n. 1, p. 49–85, abr. 2016.

MARMELSTEIN, G. O racismo invisível: uma introdução à discriminação por preconceito implícito. In: **Direitos fundamentais na contemporaneidade: entre as esferas públicas e privadas**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 119–132.

MARMELSTEIN, G. **Discriminação por preconceito implícito**. Salvador: JusPodivm, 2021.

MASCARO, A. L. **Filosofia do Direito**. 6. ed. rev. e atual. [e-book] ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, C. A. B. DE. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo, SP: Editora Malheiros, 2015.

MOREIRA, A. J. **Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica**. São Paulo: Contracorrente, 2019a.

MOREIRA, A. J. **Racismo recreativo**. São Paulo: Sueli Carneiro : Pólen, 2019b.

MOREIRA, A. J. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

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

NUNES, D. O “dark side” dos direitos humanos. In: **Diálogos entre educação e direitos humanos**. São Paulo: Editora Pillares, 2017. p. 275–292.

NUNES, D.; SANTOS, V. H. DOS. Por uma história do conceito jurídico de quilombo no Brasil entre os séculos XVIII e XX. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 66, n. 1, p. 117, 29 abr. 2021.

OEA. **O Brasil ratificou a Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância na OEA**. Institucional. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/centro_midia/fotonoticia.asp?sCodigo=FPN-100850>. Acesso em: 21 ago. 2021.

OEA. **CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO RACIAL E FORMAS CORRELATAS DE INTOLERÂNCIA**. 5 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/discriminacioneintolerancia.pdf>>. Acesso em: 17 jul 2021.

OUTHWAITE, W.; BOTTOMORE, T. **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

PINDORAMA. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Pindorama&oldid=59893908>>. Acesso em: 16 set 2021.

PORTO-GONÇALVES, C. W. **Abya Yala**. São Paulo: Boitempo, 2015. Disponível em <<http://latinoamericana.wiki.br/verbetes/a/abya-yala>>. Acesso em: 15 ago 2021.

QUEIROZ, M. V. L. Constitucionalismo Negro: elementos de teoria e história constitucional a partir da Revolução Haitiana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 13, n. 1, p. 85–109, 11 maio 2021.

QUEIROZ, R. M. R. A ilusão do jurista apolítico: o direito brasileiro dá escala a empreitadas autoritárias quando finge não enxergar que a Constituição é repleta de juízos de valor. **Quatro**

Cinco Um: a revista dos livros, 2020. Disponível em:

<<https://quatrocinco.um.folha.uol.com.br/br/artigos/d/a-ilusao-do-jurista-apolitico>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

RAATZ, I.; DIETRICH, W. G.; MORBACH, G. A FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA E A (INESCAPÁVEL) INDETERMINAÇÃO DO DIREITO. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 4, n. 1, p. 334–375, 5 ago. 2018.

REZEK, F. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 15 ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIOS, R. R. Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 2, p. 1332–1357, abr. 2020.

RIOS, R. R.; COGO LEIVAS, P. G.; SCHÄFER, G. DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO E DIREITOS DE MINORIAS: PERSPECTIVAS E MODELOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL E COLETIVO. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 1, p. 126, 7 abr. 2017.

SANTOS, J. C. DOS. **Direito Penal: parte geral [livro eletrônico]**. 9. ed. rev. atual e ampl. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

SANTOS, T. V. A. DOS. **Racismo institucional e violação de direitos humanos no sistema da segurança pública: um estudo a partir do Estatuto da Igualdade Racial**. Dissertação de mestrado—São Paulo: Universidade de São Paulo, 16 ago. 2012.

SANTOS, N. N. DA S. **A VOZ E A PALAVRA DO MOVIMENTO NEGRO NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE (1987/1988): UM ESTUDO DAS DEMANDAS POR DIREITOS**. Dissertação de mestrado—São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação a diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, J. A. DA. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, R. P. DA. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, V. A. DA. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, 2002.

SILVA, V. A. DA. **Direito Constitucional Brasileiro**. 1 ed. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SINHORETTO, J. et al. A FILTRAGEM RACIAL NA SELEÇÃO POLICIAL DE SUSPEITOS: SEGURANÇA PÚBLICA E RELAÇÕES RACIAIS. In: **SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS: TEMAS TRANSVERSAIS**. COLEÇÃO PENSANDO A SEGURANÇA PÚBLICA. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. v. 5p. 121–158.

STRECK, L. L. A luta da crítica hermenêutica do direito contra o solipsismo judicial. In: **Diálogos sino-luso-brasileiros sobre jurisdição constitucional e a crítica hermenêutica do direito de Lenio Luiz Streck**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 23–36.

STRECK, L. L. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

TAVARES, J. **Fundamentos de teoria do delito [livro eletrônico]**. 3. ed. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. DE. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 3ª ed. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. I

VILELA, P. R. Bolsonaro ratifica Convenção Interamericana contra o Racismo. **Agência Brasil**, 12 maio 2021.

WARAT, L. A. SABER CRÍTICO E SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS. **Sequencia Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 3 n. 05, p. 48–57, 1 jan. 1982.

_____. **Introdução geral ao Direito: Interpretação da lei - temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. v. I

WORKING GROUP OF EXPERTS ON PEOPLE OF AFRICAN DESCENT. **Report of the Working Group of Experts on People of African Descent on its mission to Brazil (4–14 December 2013)**. [s.l.] Human Rights Council, 23 set. 2014. Disponível em: <<https://undocs.org/A/HRC/27/68/Add.1>>. Acesso em: 12 set. 2021.