

PENSANDO COMO UM NEGRO:
ENSAIO DE HERMENÊUTICA
JURÍDICA



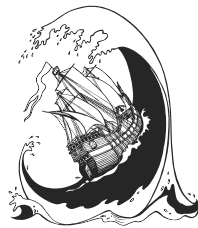
CONTRACORRENTE

ADILSON JOSÉ MOREIRA

PENSANDO COMO UM NEGRO:
ENSAIO DE HERMENÊUTICA
JURÍDICA

São Paulo

2019



CONIRACORRENTE

Copyright © EDITORA CONTRACORRENTE

Rua Dr. Cândido Espinheira, 560 | 3º andar
São Paulo – SP – Brasil | CEP 05004 000
www.editoracontracorrente.com.br
contato@editoracontracorrente.com.br

Editores

Camila Almeida Janela Valim
Gustavo Marinho de Carvalho
Rafael Valim

Conselho Editorial

Alysson Leandro Mascaro
(Universidade de São Paulo – SP)
Augusto Neves Dal Pozzo
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)
Daniel Wunder Hachem
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Emerson Gabardo
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Gilberto Bercovici
(Universidade de São Paulo – USP)
Helena Taveira Torres
(Universidade de São Paulo – USP)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
(Universidade de La Coruña – Espanha)
Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono
(Universidade Nacional de Comahue – Argentina)
Pedro Serrano
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)
Sílvia Luís Ferreira da Rocha
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Equipe editorial

Juliana Nicoletti (revisão)
Denise Dearo (design gráfico)
Mariela Santos Valim (capa)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Ficha Catalográfica elaborada pela Editora Contracorrente)

M838 MOREIRA, Adilson José.
Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica | Adilson José Moreira
– São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.
ISBN: 978-85-69220-55-8
Inclui bibliografia
1. Filosofia do Direito. 2. Hermenêutica jurídica. 3. Sociologia jurídica. 4. Racismo.
I. Título.

CDU: 340.12

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

*Este livro é dedicado a Alcides Cipriano Moreira (in memoriam),
a Luiz Eustáquio Moreira (in memoriam)
e a Rafael Polidoro Alves Barbosa.*

*Eu gostaria de saber
como é a sensação de ser livre
Eu gostaria de poder quebrar
Todas as correntes que me prendem
Eu gostaria de poder dizer
Todas as coisas que eu gostaria de dizer
Dizer em alto e bom som
Para o mundo todo ouvir
Eu gostaria de poder compartilhar
Todo amor que há em meu coração
Remover todas as barreiras
Que nos mantém separados
Eu gostaria que você soubesse
O que significa ser quem sou
Então você veria e concordaria
Que todo homem deveria ser livre*

*Eu gostaria de poder dar
Tudo que eu posso dar
Eu gostaria de poder viver
Tudo que eu posso viver
Eu gostaria de poder fazer
Todas as coisas que eu posso fazer
E quando eu chegasse no limite
Começaria tudo de novo*

*Bem, eu gostaria de poder ser
Como um pássaro no céu
Quão doce seria
Se eu encontrasse um jeito de voar
Oh, eu voaria alto para o sol
E olharia lá embaixo para o mar
Então cantaria que eu sei – yea
Então cantaria que eu sei – yea
Então cantaria que eu sei
Eu saberia como é a sensação
Oh, eu saberia como é se sentir livre
Oh, eu saberia como é a sensação
Sim, eu saberia
Oh, eu saberia
Como é a sensação
Como é a sensação
De ser livre*

Nina Simone

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	13
APRESENTAÇÃO	15
PROLÓGO – QUEM PODE FALAR PELOS SUBORDINADOS?	21
PENSAR COMO UM NEGRO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS .	29
CAPÍTULO I – SOBRE COMO EU ME TORNEI UM JURISTA NEGRO	43
CAPÍTULO II – HERMENÊUTICA JURÍDICA E NARRATIVAS PESSOAIS	75
CAPÍTULO III – INTERPRETANDO O DIREITO COMO UM SUBALTERNO	87
3.1 Como a condição de subalternidade é reproduzida?	93
3.2 Discriminação institucional e governança racial.....	100
CAPÍTULO IV – O JURISTA QUE PENSA COMO UM NEGRO E A MITOLOGIA LIBERAL	109
CAPÍTULO V – PODE UM JURISTA QUE PENSA COMO UM NEGRO INTERPRETAR O DIREITO DE FORMA OBJETIVA?	119
5.1 Como pensa um jurista branco?.....	120

5.2 O jurista branco e o processo de reificação do mundo.....	128
5.3 O mito da neutralidade e da objetividade.....	133
5.4 As transformações da hermenêutica filosófica e constitucional....	137
CAPÍTULO VI – QUAL É O LUGAR DA RAÇA NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA?.....	153
6.1 Sobre a dimensão política da identidade.....	154
6.2 Racialização e estigmas raciais.....	159
6.3 A questão da consciência racial.....	162
6.4 O liberalismo racial brasileiro.....	169
6.5 Sobre projetos de dominação racial.....	174
6.6 O valor econômico da raça.....	177
6.7 Sobre a racialização dos espaços sociais.....	182
6.8 Sobre os problemas da neutralidade racial.....	186
CAPÍTULO VII – O “HUMANISMO RACIAL BRASILEIRO”: O NOSSO RACISMO PARTICULAR.....	195
CAPÍTULO VIII – SOBRE A IMPORTÂNCIA DO PROTAGONISMO NEGRO.....	213
CAPÍTULO IX – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRIVILÉGIO.....	229
CAPÍTULO X – QUAL É O SENTIDO DA IGUALDADE PARA UM JURISTA QUE PENSA COMO UM NEGRO?.....	241
10.1 O que um jurista branco entende por igualdade?.....	244
10.2 Como um jurista que pensa como um negro deve analisar a igualdade?.....	247
10.3 A igualdade constitucional e as desigualdades de <i>status</i>	250
CAPÍTULO XI – HERMENÊUTICA NEGRA E INTERPRETAÇÃO DA IGUALDADE.....	261

11.1	Hermenêutica Negra e princípios constitucionais.....	262
11.2	O jurista que pensa como um negro é um ativista?.....	273
	CONCLUSÃO: PENSAR COMO UM NEGRO.....	285
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	289

AGRADECIMENTOS

Este livro é produto de um longo processo de reflexão sobre as implicações jurídicas de várias experiências que ocorreram ao longo da minha vida. É um trabalho que utiliza narrativas pessoais para iluminar os sentidos de normas jurídicas, uma perspectiva teórica bem distinta daquelas geralmente presentes em obras sobre hermenêutica. Pude adquirir conhecimento aprofundado de seus pressupostos quando estava na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard. Sou muito grato ao professor Kenneth Mack por ter guiado os meus estudos sobre a Teoria Racial Crítica e por ter me ajudado a identificar suas possíveis aplicações à realidade brasileira. Seu curso sobre esse tema me permitiu ter contato com um campo de estudo muito relevante para a discussão sobre a questão da desigualdade racial em sociedades liberais. Também agradeço ao professor Orlando Patterson pela participação no seu grupo de estudos sobre desigualdades raciais, uma experiência de imensa importância para a minha formação acadêmica.

Este trabalho é produto da cooperação intelectual com muitos colegas de magistério. Agradeço os comentários de Alysson Leandro Mascaro, Eduardo Altomare Ariento, Humberto Barrionuevo Fabretti, José de Resende Júnior, José Francisco Siqueira Neto, Júlio César de Oliveira Vellozo, Mara Marçal Salles e Mário André Machado Cabral. Também devo agradecer as observações proveitosas dos seguintes alunos e alunas da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie: Ariel Funari, Bruna Almeida Santos, Douglas Davi Dantas Candido, Fábio Sampaio Magalhães, Igor Fernandes Brito, Júlia Rezende Xavier dos

ADILSON JOSÉ MOREIRA

Santos, Juliana Coelho Lima Gac, Mariana Magalhães, Marcus Vinícius Silva de Oliveira e Renata Tironi.

Agradeço imensamente aos professores que me guiaram no estudo sobre hermenêutica jurídica, Direitos Humanos e relações raciais: Menelick de Carvalho Netto, Miracy Barbosa Gustin, Randall Kennedy, Duncan Kennedy, Ian Haney Lopez, Lani Guinier, Michael Klarmann e Lewis Sargentich.

Não tenho palavras para expressar minha gratidão à Rafael Valim por ter acreditado neste projeto, uma obra que destoa por completo da tradição dos estudos hermenêuticos desenvolvidos no nosso País. Espero que esse apoio seja o ponto de partida para o início de uma discussão ainda ausente entre nós.

As teses elaboradas neste livro também refletem as contribuições das discussões teóricas e políticas que tive com acadêmicos e militantes nos últimos cinco anos. Sou muito grato à Gislene Aparecida dos Santos, Eunice Prudente, Tiago Vinícius de André dos Santos, Djamila Ribeiro, Joice Berth, Andrew Chen, Lisa Kelly, Douglas Belchior e Andrea Allen pelas conversas iluminadoras.

Também expresso minha gratidão aos amigos e amigas que acompanharam a elaboração desta obra ao longo dos dois últimos anos: Ana Fátima de Brito, André Zanardo, Igor Leone, Thiago Costa, Andrei Roman, Pedro Henrique de Cristo, Danilo Tavares, Paulo Iotti, Thayna Yaredy, Pedro Buck, Felipe Chiarello, Carlos Eduardo Nicoletti Camilo, Ivar Alberto Martins Hartmann, Gustavo Chimure, Fábio Costa Morosini, Michelle Raton Sanchez Badin e Brenno Tardelli. Agradeço à minha prima Maria Raimunda Nunes da Silva pelas palavras de encorajamento. Muitos abraços para Rafael Polidoro Barbosa por ter garantido acesso ao material bibliográfico necessário para a elaboração deste livro. Um forte abraço para Arthur Roberto Capella Giantamassio pela leitura cuidadosa de diversos trechos deste texto e pelo incentivo intelectual constante.

Agradecimentos mais do que especiais aos meus familiares, esteio fundamental da minha vida, principalmente à minha mãe, Efigênia Clara de Souza Moreira.

APRESENTAÇÃO

A adoção de programas de ações afirmativas por instituições públicas e privadas nas últimas décadas iniciou uma série de discussões sobre o papel do Direito na promoção da igualdade entre grupos raciais. Um ponto importante desse debate não tem sido examinado com a devida atenção: a dificuldade das formulações tradicionais e dos modos usuais de interpretação da igualdade para tratar de forma adequada todas as questões implicadas na controvérsia sobre a legalidade dessas iniciativas. Os conceitos tradicionais desse princípio presentes na doutrina e na jurisprudência não se mostram suficientes para analisar demandas de direitos que transcendem as noções de igualdade formal e de igualdade material. Observamos também que princípios geralmente utilizados por nossos tribunais para a interpretação desse mandamento constitucional, como a razoabilidade e a proporcionalidade, não oferecem elementos inteiramente adequados para essa tarefa. Nossos tribunais recorrem a eles, mas chegam a conclusões opostas sobre a legalidade dessas iniciativas estatais, o que demonstra seu caráter meramente acessório em argumentações que têm um caráter claramente político. Pensamos que uma análise da legalidade de normas jurídicas e práticas sociais baseadas na identificação da existência de relações racionais entre critérios de tratamento diferenciado e objetivos estatais não fornece parâmetros compatíveis com os princípios que estruturam nosso sistema constitucional.

Embora devesse ser um consenso entre juristas, a discussão sobre a relevância social da raça também está sempre presente em muitos

ADILSON JOSÉ MOREIRA

processos de racismo e injúria. Além dos inúmeros casos arquivados por promotores, nossos tribunais afirmam frequentemente que esses crimes não podem ser caracterizados em função da ausência da intenção de ofender. Às vezes eles argumentam que a fala ou ato racista em questão expressa apenas algum tipo de intenção cômica, o que atesta a ausência do propósito de depreciar a vítima. Eles partem do pressuposto de que temos uma ética de cordialidade racial, o que leva muitos deles a atenuar e a ignorar a gravidade das acusações de racismo feitas por minorias raciais. Organizações internacionais de direitos humanos também apontam a presença pervasiva do racismo na nossa sociedade, mas nossas instituições judiciais se recusam a fazer qualquer tipo de discussão sobre a relevância da raça no direito.

Os especialistas em hermenêutica jurídica se encontram diante de vários problemas postos por processos judiciais que tratam questões referentes a classificações raciais: a partir de que parâmetros devemos analisar a relevância da raça na interpretação jurídica? O entendimento do princípio da igualdade como exigência de tratamento simétrico nos oferece elementos adequados para examinarmos essa questão? A que técnicas interpretativas devemos recorrer para podermos desvelar as relações de poder responsáveis pela construção da raça como um critério relevante de diferenciação social? A raça possui uma realidade objetiva ou expressa uma construção social que procura legitimar a dominação de brancos sobre negros? O Direito tem algum papel na formação de identidades raciais? Em que situações o sistema jurídico deve preservar a identidade e a diferença entre os membros da comunidade política? O processo hermenêutico deve levar em consideração o papel das ideologias na formação da subjetividade do intérprete? A posição que ele ocupa dentro das hierarquias sociais determina sua percepção da relevância social da raça? O processo de interpretação da igualdade deve ser destinado à reforma social?

Este ensaio apresenta algumas direções possíveis para respostas de questões que possuem grande complexidade. Abordaremos dois temas centrais dessa controvérsia: o desvelamento do caráter político da hermenêutica jurídica e a importância de sentidos culturais na formação da subjetividade do intérprete do Direito. Assim, problematizaremos o

APRESENTAÇÃO

uso estratégico do formalismo jurídico presente no debate sobre a constitucionalidade de ações afirmativas e sobre crimes de injúria racial utilizando um tipo de técnica interpretativa que pensamos ser capaz de desvelar as hierarquias de poder que permeiam as relações raciais na nossa sociedade. Temos ainda outro propósito importante: sistematizar e apresentar ao público brasileiro alguns pontos centrais de uma forma de interpretação jurídica que chamaremos de “Hermenêutica Negra”, um dos muitos elementos da chamada Teoria Racial Crítica. Seguiremos nesta obra certas autoras e certos autores brasileiros e estrangeiros que enfatizam a importância da posição social do sujeito no processo de interpretação de normas jurídicas.

A discussão sobre os fundamentos da Hermenêutica Negra tem o propósito de mostrar o papel central que a raça ocupa no processo de interpretação da igualdade. Duas questões importantes serão discutidas: a diversidade e complementariedade dos muitos sentidos desse preceito no mundo atual e os propósitos que a interpretação dele deve ter em uma sociedade comprometida com o ideal da justiça racial. Partiremos do pressuposto de que a interpretação da igualdade não pode ser vista como um processo neutro e objetivo. Pelo contrário, afirmaremos que a hermenêutica constitucional tem um propósito específico: a luta contra formas de subordinação. O alcance desse objetivo depende então da ênfase no caráter relacional da igualdade, mandamento constitucional que deve ser visto como um princípio que procura eliminar relações arbitrárias de dominação na esfera pública e na esfera privada. Essas relações cumprem outro papel importante: são critérios para a distribuição de oportunidades materiais para os diferentes grupos sociais. Esse é um dos motivos pelos quais devemos defender a isonomia como um parâmetro comprometido com a igualdade de *status*, o que engloba não apenas como igualdade formal entre indivíduos, mas sim a noção de cidadania igualitária, parâmetro substantivo de interpretação das normas jurídicas que implica a prioridade da proteção de grupos sobre indivíduos.

Os leitores e as leitoras estão diante de uma obra que utiliza um tipo incomum de técnica interpretativa. A análise da legalidade de medidas de inclusão racial não será feita a partir da aplicação de princípios abstratos a um caso concreto. *Você será convidado, você será convidada a ver*

ADILSON JOSÉ MOREIRA

a realidade pelos meus olhos, pelos olhos de um jurista negro. Esta proposta hermenêutica pode soar estranha para os que estão acostumados com a noção de que a subjetividade deve estar sempre ausente do processo interpretativo. Mas aqui o sujeito concreto tomará prevalência sobre quaisquer tentações de abordar o tópico deste trabalho de uma forma neutra porque procuro demonstrar a impossibilidade dessa empreitada, uma vez que todos nós estamos envolvidos em campos de significação que existem antes da nossa existência. Esclareço desde já que esta obra não defende simplesmente um processo interpretativo baseado nas percepções subjetivas de um indivíduo particular. O que chamaremos nesta obra de *Hermenêutica Negra* encontra ampla fundamentação em princípios constitucionais. Seguiremos aqui a tese defendida por autores da Teoria Racial Crítica de que minorias raciais estão inseridas em estruturas hierárquicas de poder e esse pertencimento social específico faz com que seus membros produzam relatos sobre a realidade social que possuem valor normativo para o processo de interpretação jurídica. A discussão sobre o lugar da raça no Direito será então elaborada a partir dessa pergunta central: qual é o seu papel no processo de interpretação do princípio da igualdade? Para responder essa pergunta, eu mostrarei neste livro o que significa pensar como um negro e afirmarei que essa perspectiva é mais adequada para atingirmos o ideal da promoção da justiça social presente no nosso texto constitucional.

Encontrei grande inspiração para a elaboração deste livro na obra clássica de Patrícia Williams, *The alchemy of race and rights: diary of a law professor*, um dos primeiros textos a utilizar a técnica do *storytelling* nas ciências jurídicas. Embora eu utilize a Teoria Racial Crítica como marco teórico principal, contribuições de outros campos de estudo tiveram um papel decisivo na elaboração deste livro. A reflexão psicanalítica de orientação laciana sobre a subjetividade articulada por juristas e filósofos foi muito importante para a elaboração deste trabalho. Sigo de perto a forma como Ernesto Laclau, Chantal Mouffe, Pierre Schlag, David Caudill e Michel Rosenfeld trataram esse tema nos seus escritos. Este ensaio também encontrou grande inspiração nos estudos sobre a subalternidade, especialmente nos textos de Walter Dignolo e John Beverley. Não teria conseguido sistematizar e articular experiências

APRESENTAÇÃO

peçoais e narrativas jurídicas sem o auxílio da literatura. Quatro obras foram essenciais para que eu conseguisse atingir esse objetivo: *The Invisible Man*, de Ralph Ellison, *The Fire Next Time* e *I Am Not Your Negro*, de James Baldwin, e *The origin of others*, de Toni Morrison. Este livro é uma versão significativamente ampliada do artigo de mesmo título publicado na Revista de Direito Brasileira, em dezembro de 2017.

A posição teórica aqui defendida representa o que tem sido classificado pela doutrina como uma perspectiva pós-positivista. Ela afirma a relevância do diálogo com outras áreas do conhecimento no processo de interpretação constitucional, tendo em vista as relações constitutivas das normas jurídicas com o entorno social no qual elas operam. Mais especificamente, procuramos explicitar as conexões estruturais entre normas jurídicas e as relações de poder presentes em uma sociedade. Assim, deixamos de lado as pretensões ontológicas do jusnaturalismo e também o normativismo característico do liberalismo legalista que influencia a jurisprudência brasileira sobre casos que envolvem classificações raciais. Este trabalho adota uma noção substantiva do texto constitucional, motivo pelo qual afirmaremos que os princípios estruturantes do nosso sistema constitucional estabelecem parâmetros específicos para o processo interpretativo. A ordem substantiva dos direitos fundamentais serve então para formularmos uma proposta que leva em consideração a compreensão do Estado como um agente de transformação social. A pergunta sobre o papel da raça na hermenêutica não tem uma função retórica: ela reflete o fato de que o Direito tem cumprido papel central no processo de subordinação de minorias raciais, realidade que ainda persiste na vida social brasileira. A interpretação jurídica tem sido direta e indiretamente utilizada como um instrumento importante para a reprodução da opressão racial, seja pela simples desconsideração do impacto de uma prática social sobre um grupo, seja porque eles estão interessados em impedir que a raça se torne uma forma de mobilização política.