

## **DECOLONIALIDADE E DIREITOS HUMANOS: MÁSCARAS RACIAIS NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>1</sup>**

## **DECOLONIALITY AND HUMAN RIGHTS: RACIAL MASKS IN THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

Ariete Pontes de Oliveira<sup>2</sup>

Victor Freitas Lopes Nunes<sup>3</sup>

Paula de Brito Arruda Medeiros<sup>4</sup>

Sara Pereira Sabino<sup>5</sup>

**RESUMO:** A revisão da Teoria dos Direitos Fundamentais a partir da proposta decolonial move-se no sentido do reconhecimento das estruturas raciais marcantes do processo de constituição da sociedade brasileira. O desfazimento das máscaras raciais carece não apenas do reconhecimento do racismo institucionalizado, exigindo a revisão das estruturas conceituais da própria teoria dos direitos, sem o que sua efetividade sempre estará limitada. A matriz germânica ignora a necessidade desta revisão e a teoria nacional, apesar de reconhecer o princípio da igualdade, inclusive segundo sua expressão material, como norte hermenêutico essencial à efetivação dos Direitos Fundamentais, ainda não foi capaz de reconstituir-se para reconhecer o negro como pessoa. O processo de subalternização mascarado pelo conceito de sujeito de direito, permite que uma dimensão subjetiva dos direitos não se torce autoaplicável, ante a negligência teórica, incapaz de determinar de forma objetiva a autonomia do princípio da igualdade racial. Em que pese a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tenha dado passos decisivos ao rompimento deste paradigma, a superação dos vícios racistas na Teoria dos Direitos Fundamentais ainda é um processo em andamento.

**Palavras-chave:** Máscaras raciais. Representação. Teoria dos Direitos Fundamentais.

**ABSTRACT:** The acknowledgment of the racial masks that characterize colonialized societies is not enough. Decolonial theory points that legal theory itself, specifically the Fundamental Rights Theory, has a flaw in its foundation, once the recognition of the a black subject does not always mean his/her characterization as a person, whose dignity must be protected. German theorists do not recognize the autonomy of this matter and although brazilian theorists do, they were not able

---

1 Este trabalho foi financiado pela Diretoria de Pesquisa e Extensão da Rede de Ensino Doctum.

2 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e professora da Rede de Ensino Doctum.

3 Mestre em Direito Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e professor da Rede de Ensino Doctum.

4 Graduada em Direito pelas Faculdades Unificadas de Leopoldina – Rede de Ensino Doctum.

5 Graduada em Direito pelas Faculdades Unificadas de Leopoldina – Rede de Ensino Doctum.

to identify the autonomy of racial equality as a substantial legal principle. It was the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court that has taken a decisive step. Gradually the rulings have expressed the understanding that there are racial structures governing the effectiveness of fundamental rights, which demonstrate a more open comprehension of the racial issue and an alternative for legal theory. The Fundamental Rights Theory has an internal addiction which remains masked. Its review therefore is still an ongoing process.

**Keywords:** Racial masks. Representation. Fundamental Rights Theory.

## 1 INTRODUÇÃO

Sob o manto republicano da igualdade formal, que afirma que “todos são iguais perante a lei” (BRASIL, 1988), muitas vezes a sociedade tolera a convivência com circunstâncias aparentemente irreconciliáveis. Exemplos históricos ilustram que o Estado de Direito, ainda que republicano, pode conviver com a escravidão ou com sistemas rígidos de segregação social, como ocorreu nos Estados Unidos da América. Diversamente, no Brasil, a questão racial é tratada como um exemplo de integração social. Há quem acredite que o racismo não é uma questão na sociedade brasileira, uma vez que, após a abolição da escravatura – e mesmo antes dela – a miscigenação racial e a integração social do negro ocorreram de forma “natural”. Não é esta a premissa que embasa esta proposta. Pelo contrário, o racismo brasileiro existe e não esmoreceu a ponto de poder ser tratado como questão secundária.

As estruturas racializantes permanecem vivas e produzindo efeitos na sociedade e, conseqüentemente, na ordem jurídica nacional. Racismo, patriarcado e outras estruturas sociais foram edificadas ao longo dos séculos e não parece possível demoli-las sem tocá-las. É preciso encarar a questão racial para buscar compreender, ao menos em um primeiro momento, como a falsa impressão do primado da igualdade formal corrói as bases democráticas do Estado (Constitucional) de Direito, notadamente, com relação àqueles que, tendo em vista o *status* de vulnerabilidade historicamente imposto, permanecem excluídos do processo de luta por direitos, motor do movimento democratizante.

A amplitude deste fenômeno, mais profundo que a denúncia de uma “crise” no paradigma do Estado Constitucional de Direito, importa na necessidade de revisitação de conceitos primordiais da estrutura social, sem o que a própria revisão dos postulados jurídicos tende a

permanecer alheia a uma parte do problema, relativo à efetiva inclusão daqueles que, em função de um sistema social discriminatório, não foram inseridos nas dinâmicas coletivas comuns.

Portanto, a compreensão de como se articulam a fórmula eurocêntrica do Estado Democrático de Direito e o exercício do racismo como mecanismo da colonialidade do poder é fundamental para a refundação do ideário jurídico-democrático. Esta proposta almeja, pois, compreender as influências do pensamento decolonial no paradigma jurídico, notadamente, quanto a precedência da questão racial à questão relativa ao conceito dos Direitos Fundamentais.

Considerando que, contemporaneamente, o processo de luta pela expansão e pela efetivação dos Direitos Fundamentais se impõem como um imperativo da Força Normativa da Constituição, a questão passa a ser: em que medida a Teoria dos Direitos Fundamentais, conhece e incorpora as dificuldades de universalização de direitos em sociedades marcadas por estruturas sociais racistas? Acredita-se, como hipótese, que as reflexões teórico-conceituais em torno dos direitos fundamentais ou (i) sequer reconhecem esta problemática ou (ii), ainda que a reconheçam, tratem-na como expressão da desigualdade inerente às dinâmicas econômicas de sociedades ditas subdesenvolvidas, isto é, no mais das vezes, aquelas colonizadas.

Esta abordagem, exige, em um primeiro momento, a compreensão, ainda que liminar, da ideia central da teoria decolonial, bem como uma investigação sobre como o racismo estruturante da sociedade nacional impede que as manifestações dos sujeitos subalternos sejam reconhecidas e, eventualmente, incorporadas pela própria ordem jurídica nacional. Para tanto, metodologicamente, este estudo, de caráter eminentemente jurídico-compreensivo, propõe um em exame qualitativo da Teoria dos Direitos Fundamentais, inspirada pela matriz germânica, para o qual importa o conteúdo latente dos conceitos sob análise, uma vez que se busca extrair do arcabouço conceitual o significado não aparente dos conceitos analisados. São realizadas inferências a partir do sistema analítico de conceitos que se formulará ao longo do texto, o qual será aplicado sobre a doutrina constitucional. A este processo intrusivo corresponde, também, uma dimensão de verificação, em que os marcadores conceituais são objeto de confirmação na jurisprudência.

Após a apresentação dos conceitos centrais à proposta teórico-metodológica, passa-se ao escrutínio da Teoria dos Direitos Fundamentais, segundo sua matriz germânica, o que pretende averiguar a penetração da questão racial no aparato conceitual voltado à compreensão desta

matéria. Por fim, analisa-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) para conhecer a reverberação destas discussões na própria jurisprudência da corte constitucional.

## **2 DECOLONIALIDADE E RACISMO MASCARADO**

Metodologicamente, este estudo tem cunho interdisciplinar, porquanto proponha a coordenação do pensamento jurídico através das reflexões filosóficas do pensamento decolonial. Neste campo, alinha-se à vertente crítico-metodológica, uma vez que pretende analisar conceitualmente um fenômeno jurídico complexo, o qual não pode se reduzir à compreensão dedutiva e sistemática do Direito (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 21).

Trata-se, de fato, de uma pesquisa de caráter eminentemente jurídico-compreensivo, já que “utiliza-se do procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis” (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 29), o que se faz essencial dada a amplitude do objeto de pesquisa, também considerada a referência ao pensamento decolonial, que propõe uma revisão profunda dos processos da colonialidade do saber e da colonialidade do poder inseridos no Direito.

O foco do exame proposto é qualitativo, para o qual importa conteúdo latente dos conceitos sob análise, uma vez que se busca extrair do arcabouço conceitual o significado não aparente dos conceitos analisados. Para tanto, recorre-se a análise de conteúdo, visto que se propõe o contraste entre o sistema analítico de conceitos formulado a partir do referencial decolonial e a Teoria dos Direitos Fundamentais.

O deslocamento da questão do reconhecimento subjetivo para a própria identidade da pessoa humana pretende demonstrar a máscara racista ainda inscrita no universo conceitual que envolve os direitos fundamentais. Neste caso, a análise de conteúdo é verdadeiro procedimento metodológico voltado à coleta (a partir dos marcadores conceituais) e análise dos dados extraídos da análise bibliográfica (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 106).

No Brasil, o Estado Democrático de Direito, estabelece, entre seus fundamentos, a Dignidade da Pessoa Humana, o que sustentará a construção de uma sociedade justa e solidária, na qual deve haver a igualdade entre os cidadãos e devem prevalecer os Direitos Humanos, conforme previsto na Constituição Federal de 1988. Contudo, ao analisarmos o contexto histórico-cultural de nosso país observamos que esses Direitos Fundamentais, que condenam o

preconceito e as discriminações, não correspondem ao contexto social que mascara a racialização e suas consequências.

## **2.1. Decolonialidade, poder, Estado e Direito**

O racismo no Brasil está diretamente ligado à forma de colonização marcada pela opressão. Desde a violenta e desumana escravização dos povos nativos e posteriormente africanos até a atual supremacia da cultura eurocêntrica, a racialização é um fenômeno social construído no sistema capitalista de distribuição de privilégios, em verdade, é uma consequência do colonialismo.

Quijano (2002, p. 4) aponta uma tríplice relação, a fim de caracterizar o fenômeno do poder, que seria constituído por três elementos: dominação, exploração e conflito; os quais norteiam a existência social. Força e violência são mascaradas em estruturas institucionalizadas para manter o controle sobre a sociedade. Estes três elementos caracterizadores da institucionalidade do Estado e conseqüentemente do próprio Direito, meio para a efetivação do poder, compõe o espaço no qual as relações sociais se dão e por isso, paradoxalmente, limitam a efetivação do princípio da igualdade racial.

Encontra-se, neste sentido, nos fundamentos mesmos do Estado de Direito as raízes do racismo que marca a história nacional. Sendo assim, dado o padrão de colonialidade no Brasil aliado ao Direito, mecanismo de atuação do Estado, detentor do monopólio da força de coerção, a questão reside em compreender as formas de perpetuação das máscaras raciais que recobrem a sociedade, o Direito e o Estado.

A atuação estatal, guiada pelas disposições jurídicas, assume caráter pretensamente neutro, quando, na verdade, a “colonialidade do poder é um conceito que dá conta de um dos elementos fundantes do atual padrão de poder, a classificação social básica e universal da população do planeta em torno da idéia de ‘raça’” (QUIJANO, 2002, p. 4).

A formação brasileira é a história de um genocídio (NASCIMENTO, 2016). Máscaras raciais camuflam políticas de exclusão e escondem a dificuldade de acesso, permanência e mobilidade nas estruturas sociais. O mito da democracia racial não prega a segregação dos cidadãos em função de sua cor, mas sim uma suposta convivência harmoniosa, garantidora de um ideal de igualdade. Abdias do Nascimento (2016), no entanto, destaca que tal “democracia”

mascara os problemas do negro, que é condenado a viver em um mundo que o obriga a “embranquecer” cultural e fisicamente para se tornar um sujeito de direitos e quem sabe experimentar “ascensão social”.

A igualdade racial é utilizada para descaracterizar a cultura africana, uma vez que, para ser igual e aceito perante a sociedade, deve haver um processo de “assimilação e aculturação” somente do negro ao branco e nunca o contrário. O negro mesmo “livre e sujeito de direito”, não se torna pessoa, não se torna digno, ao menos que aceite viver sob as rédeas de uma sociedade, que apesar de abolir o trabalho escravo, escraviza epistemologicamente.

A história da ascensão social do negro é, assim, a história da sua assimilação aos padrões brancos de relações sociais. É a história da submissão ideológica de um estoque racial em presença de outro que se lhe faz hegemônico. É a história de uma identidade renunciada, em atenção às circunstâncias que estipulam o preço do reconhecimento ao negro com base na intensidade de sua negação. (SOUZA, 1983, p. 23)

As marcas das máscaras raciais impostas no Brasil são chagas visíveis até hoje. Apesar de um longo período separar a abolição aos dias atuais, é possível detectar que a questão racial ainda não foi superada, e no interior de cada um de nós há resquícios de uma época em que negros serviam e brancos eram servidos, em que o negro era apenas uma ferramenta. Chagas históricas que não puderam cicatrizar são o resultado de séculos ininterruptos de acoites e abusos firmados no tronco.

## **2.2 O outro: sujeito e pessoa**

A abolição da escravidão no Brasil formalizou o reconhecimento, com relação aos negros libertos, da condição de serem sujeitos de direito assim como o homem branco. Porém, a imposição desta igualdade formal não veio acompanhada da criação de mecanismos para que sua eficácia fosse garantida. Com a liberdade em uma mão e uma igualdade mitigada na outra, o negro se viu em uma posição em que era sujeito de direito e, ainda assim, não era considerado pessoa, pois a sociedade não o enxergava como tal, uma vez que ele sempre foi considerado uma ferramenta de trabalho.

Podemos começar, deste modo, a analisar uma expressão da igualdade “fantasiosa”, fruto de uma pressão externa para a abolição, e não pelo reconhecimento fático de que negros fossem

tidos como pessoas, iguais e merecedores de direitos. A única saída para os negros livres e, ainda estigmatizados pela cor de sua pele, era “embranquecer” e se render à cultura dominante.

A dificuldade aqui tem sido a de que a abstração do conceito de indivíduo mascara a particularidade da sua figuração. Somente aqueles que não se assemelham ao indivíduo normativo têm sido considerados diferentes. (...). A diferença tem sido representada como um traço fundamental ou natural de um grupo enquanto a norma padronizada (o indivíduo homem branco) não é considerada como possuidora de traços coletivos (SCOTT, 2005, p. 24).

A assimilação do negro à sociedade se deu, portanto, seguindo os padrões determinados por uma máscara racial, que oculta o traço embranquecedor do padrão de sujeito aceito como pessoa materialmente igual pela comunidade. Trata-se, por meio deste expediente, de uma fantasiosa proposta de igualdade que não apenas subalterniza a alteridade negra, mas que torna o paradigma do “homem branco” o ideal a ser perseguido por quem quer que deseje se valer do tratamento jurídico como igual.

Fanon (2008) aborda as máscaras raciais que impedem o reconhecimento da alteridade, ou seja, o desejo da condição que é do outro, especialmente a partir da investigação da questão do negro racializado. “Por mais dolorosa que possa ser esta constatação, somos obrigados a fazê-la: para o negro, há apenas um destino. E ele é branco” (FANON, 2008, p. 28). As consequências dessa incansável busca, no final das contas, não mudam o olhar esbranquiçado da sociedade para a real condição do negro, que continua sendo estereotipado.

A complexa e emotiva busca do negro por sua identidade histórico-existencial em um ambiente onde prevalece a hegemonia branca (SOUZA, 1983) perpassa não apenas o processo histórico formação da sociedade da brasileira, mas envolve o próprio desenvolvimento de conceitos jurídicos que, atualmente, são mobilizados tanto para a defesa de direitos das populações subalternizadas, quanto para a acusação destas políticas públicas<sup>6</sup>.

“Afastado de seus valores originais, representados fundamentalmente por sua herança religiosa, o negro tomou o branco como modelo de identificação, como única possibilidade de tornar-se gente” (SOUZA, 1983, p. 18). Diante dos ideais apresentados, observa-se que o

---

<sup>6</sup> “Como resultado, na aplicação das políticas de ação afirmativa, a raça permaneceu uma questão de ‘negritude’ e não de ‘branquitude’ (da mesma forma como o gênero era uma questão de mulheres e não de homens). (...) Ela [a ação afirmativa] tratava o poder de discriminar como uma questão estrutural; não como uma motivação individual consciente, mas como um efeito inconsciente dessas estruturas. Ela analisou o poder como resultado de uma longa história de discriminação que produziu instituições e atores que tomaram a desigualdade como algo dado” (SCOTT, 2005, p. 25 – 26).

complexo de inferioridade do negro ocorre por força da perda de sua própria identidade durante o processo de “assimilação cultural”. No Brasil, por exemplo, durante todo o período de escravidão os negros eram proibidos de praticarem sua religião e de realizarem festas e rituais africanos. Os povos subalternos eram catequizados, segundo os preceitos da religião católica, além de adotarem a língua portuguesa como forma de comunicação.

“Um homem que possui a linguagem possui, em contrapartida, o mundo que esta linguagem expressa e que lhe é implícito” (FANON, 2008, p. 34). Neste contexto de violência epistêmica (SPIVAK, 2010), a imposição da língua, da linguagem e dos demais signos culturais torna o outro racializado um alguém invisível, retirando sua possibilidade de representação. “Falar é estar em condições de empregar uma certa sintaxe, possuir a morfologia de tal ou qual língua, mas é sobretudo assumir uma cultura, suportar o peso de uma civilização” (FANON, 2008, p. 33).

Spivak (2010) defende o “espaço de fala” do subalterno, no qual este possa ganhar representatividade social e exercer seus direitos. Do contrário somente poderia ser (re)presentado pelo “homem médio”, visto que esta representação confirma a sua vulnerabilidade e emudece as minorias sociais, mesmo não sendo esta a intenção. A bem da verdade, este “falar por” tampouco poderia ser voltado ao sentido de expressar as vozes de um coletivo.

Para discutir esse polêmico argumento, a autora lança mão do termo “representação”, distinguindo os dois sentidos da palavra (...): o primeiro termo se refere ao ato de assumir o lugar do outro numa acepção política da palavra, e o segundo, a uma visão estética que prefigura o ato de performance ou encenação (SPIVAK, 2010, p. 13).

Não é a representação que evoca a este grupo sua saída do lugar de subalternidade. Esta encenação ou usurpação da fala do subalterno relaciona-se com as instituições políticas e o conhecimento vinculado às dimensões estéticas e de encenação do sujeito (SPIVAK, 2010). Impede-se o subalterno de falar, ou quando este fala, não é ouvido, não diz a “verdade” ou não é compreendido nos termos de sua própria expressão, uma vez que sempre constrangido pelas máscaras raciais

Não se trata de representar o subalterno, mas sim ir ao encontro da subalternidade, dando ao Outro um lugar na sociedade como um todo, onde a expressão lhe é garantida pelo direito de ouvir e de falar por si só, afinal o silêncio neste contexto de subalternidade torna-se uma forma de resistência e de expressão. Portanto, ao negro – preso no modelo eurocêntrico e reconhecido como sujeito de direito, mas não pessoa, devido a sua condição étnica – restou lutar contra o

preconceito mascarado e por seu lugar de “fala e participação”, buscando aproximar-se dos modelos e dos valores embranquecidos, até alcançar alguma paridade, ainda que isso implique na perda de sua identidade histórico-cultural.

### 3 EUROCENTRISMO E TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dimensão fundamental dos direitos ou de alguns deles pelo menos, chamados de Direitos Fundamentais, é objeto de profundas discussões na teoria jurídica. Seria impossível tratar de todas de uma só vez, por isso a escolha metodológica traçada reconhece no debate em torno da doutrina germânica, o seu ponto de partida para este trabalho, a partir do qual serão retomados os debates em todo da relação entre sujeito de direito, pessoa humana e Direitos Fundamentais na doutrina brasileira.

Neste contexto, de modo especial no que diz com os direitos fundamentais, inquestionável a nossa parcial aproximação aos modelos lusitano e espanhol, ambos, por sua vez, marcados pelos influxos da doutrina e jurisprudência constitucionais de matriz germânica (SARLET, 2012, p. 26).

A obra do professor Robert Alexy (2006) é trazida ao estudo comparado, porque fundamenta uma importante abordagem no tratamento dos Direitos Fundamentais. O desenvolvimento teórico por ele proposto fora incorporado ao conhecimento nacional, especialmente, em função da formulação do “princípio da proporcionalidade” que encontra ampla aplicação na jurisprudência pátria, tendo sido, inclusive, incorporado à textualidade do novo Código de Processo Civil<sup>7</sup>.

A proeminência de sua obra encontra, entre os autores brasileiros, diversas expressões, dentre os quais são objeto deste estudo as formulações dos professores Humberto Ávila (2005) e Ingo Sarlet (2012). Estas escolhas, por sua vez, fundamentam-se tanto pela coerência que mantém com o paradigma germânico, quanto pelo reconhecimento de seus autores como autoridades na matéria em questão, qual seja a Teoria dos Direitos Fundamentais.

Este enraizamento do pensamento europeu-colonial não é meramente semântico, uma vez que se revela em uma determinada forma de abordagem da questão. O pensamento decolonial, por sua vez, propõe uma revisão profunda não apenas das máscaras raciais que revestem os dispositivos de poder, mas também dos dispositivos da colonialidade do saber. Neste caso, é preciso compreender

---

<sup>7</sup> *In verbis*: “art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (BRASIL, 2015 – grifos próprios).

como a interdição da discussão racial interfere nas formulações teóricas que conceituam e operacionalizam os Direitos Fundamentais.

### 3.1 O paradigma europeu

O desenvolvimento de uma Teoria dos Direitos Fundamentais pressupõe, na visão de Alexy (2006, p. 29), o estabelecimento de uma determinada postura metodológica, que não trata “nem de uma filosofia dos direitos fundamentais, desatrelada do direito positivo, nem de uma teoria sociológica, histórica ou politológica”. Em verdade, a proposta para “uma adequada teoria integrativa passa por uma teoria estrutural dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2006, p. 42), em que a investigação estrutural das normas de direitos fundamentais, as quais em função do conteúdo elástico que pretendem efetivar, desenvolve-se tanto no sentido da investigação da máxima da proporcionalidade, como fórmula para solução de conflitos normativos; quanto na compreensão da natureza mesma destas normas.

Na verdade, estas duas dimensões do estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais, a primeira voltada à forma jurídica e a segunda ao conteúdo, mantém íntima relação com um terceiro problema, qual seja: a efetividade destes direitos. É a aplicação e a concretização dos direitos fundamentais, garantidos pela força normativa das normas constitucionais, a garantia da dignidade humana, fundamento da República. Ainda assim, o desdobramento analítico da questão em forma e conteúdo dos direitos, especialmente nos casos de conflitos normativos, precisa ser considerada.

O principal problema, da perspectiva da teoria decolonial, diz respeito à compreensão da dimensão material dos direitos, notadamente aqueles ligados à igualdade. A própria compreensão da forma, ou como prefere o Alexy (2006) da estrutura dos direitos fundamentais, pressupõe que as normas que os inscrevem assumem uma dimensão material. Com efeito, são precisamente os problemas relativos a esta segunda dimensão o principal objeto de sua obra: “tendo como base a teoria dos princípios e a teoria das posições elementares, serão tratados alguns dos principais problemas da dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY 2006, p. 29).

A orientação estrutural da reflexão, calcada na racionalidade<sup>8</sup> dos processos de interpretação, expressa precisamente o objeto da crítica decolonial: qual o parâmetro da racionalidade teórica? Este(s) parâmetro(s) considera(m) a pluralidade de pessoas objeto da proteção dos direitos fundamentais? Trata-se de um discurso que mascara a colonialidade do saber e, conseqüentemente, encerra o discurso segundo o domínio dos termos da própria discussão em torno da cultura eurocêntrica

Pois o negro não tem mais de ser negro, mas sê-lo diante do branco (...). Sua metafísica ou, menos pretensiosamente, seus costumes e instâncias de referência foram abolidos porque estavam em contradição com uma civilização que não conheciam e que lhes foi imposta (FANON, 2008, p. 104).

Na dimensão material dos direitos fundamentais, as posições subjetivas daqueles que lhes pleiteiam estão submetidas ao paradoxo da igualdade: “quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar desigualdade jurídica” (ALEXY, 2006, p. 417). Desta forma, cria-se uma distinção conceitual entre a posição jurídica do sujeito e sua realidade fática, isto é, haveria uma contradição entre um princípio de igualdade, visto segundo um ideal de paridade no tratamento jurídico, e outro em que se sobrepõe a esta paridade uma pretensão de proteção da diversidade.

De um lado, há a igualdade como sinônimo da homogeneidade ou da identidade e, de outro lado, há a igualdade como expressão jurídica da diversidade. Na primeira espécie, reconhece-se, usualmente, o princípio da igualdade formal, enquanto na segunda, o princípio da igualdade material. Embora muito frutífera, a Teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Alexy (2006), parte de uma postura teórico-dogmática longe da proposta decolonial. Talvez não seja apropriado, opor a ele esta consideração<sup>9</sup>, porque a questão central não se volta para desvelar as máscaras raciais da teoria jurídica germânica, mas sim como a ocultação do problema histórico-social, através da incorporação de uma matriz teórica desta natureza, impede a discussão de conceitos basilares à própria estrutura jurídica.

---

8 Neste sentido, afirma Alexy (2006, p. 29): “neste âmbito será demonstrado que a posituação dos direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais”.

9 Afinal, o espaço da própria teoria decolonial não é os dos países centrais, como a Alemanha, mas os países periféricos e suas construções teórico-jurídicas. Por outro lado, a proposta de Alexy (2006) é tratar da dogmática dos direitos fundamentais na Alemanha e não nas nações colonizadas.

Isto se dá deste modo, uma vez que a desigualdade racial não é um dado normativo, isto é, não há previsão normativa posta para albergá-la, no entanto, a análise histórica revela que ela é uma reminiscência das estruturas sociais escravagistas (NASCIMENTO, 2016). Por esse motivo, quando Alexy encadeia a suposição de que todos os sujeitos são considerados pessoas detentoras de direitos, baseado no princípio da igualdade formal, ignora as nações vítimas da colonialidade do poder, onde o Direito, que deveria combater as estruturas raciais, é, na verdade, consequência destas.

Da tensão inerente ao paradoxo da igualdade, emerge o debate em torno da criação e promoção de políticas públicas fiadoras da igualdade fática, o que desloca a discussão do campo eminentemente jurídico para aquele relativo à conformação da ordem normativa por parte das maiorias parlamentares ou dos demais poderes do Estado. Este deslizamento supõe uma dupla representação. Em um primeiro nível, pressupõem-se que o sujeito racializado possa fazer-se reconhecer pessoa humana, de sorte que sua condição racial pudesse ser identificada como critério de discriminação ilegítimo, o que presume que ele possa falar (e ser ouvido) em um sistema já marcado pelas estruturas raciais que o impedem de se expressar segundo seus próprios termos. Exige-se, antes de tudo, que as expressões jurídicas do combate ao racismo institucionalizado sejam brancas. Em um segundo nível, ainda que conseguisse fazê-lo, precisaria constituir maioria, no sentido parlamentar, para ver aprovadas políticas públicas que almejassem a desconstrução deste paradigma social, o qual é constitutivo da representação política.

Com efeito, Alexy (2006) não aborda em seu texto a promoção da igualdade em um sentido profundo, apenas a identifica a partir do reconhecimento de desigualdades valorativas, desconsiderando as estruturas raciais constitutivas destas próprias desigualdades. Defende a ideia de proporcionalidade incorporada à ordem jurídica, explicitando que a igualdade fática, dada em função do mínimo existencial, é um problema condicionado às possibilidades jurídico-políticas de sua consecução, o que mascara o fato de que os direitos fundamentais são albergados pelo princípio da igualdade racial, normas já marcadas pelo embranquecimento cultural.

### **3.2 O paradigma brasileiro**

Há, no entanto, uma diferença topográfica que merece destaque quando se comparam as Constituições em vigor no Brasil e na Alemanha. Esta última inaugura suas disposições

elencando os Direitos Fundamentais, a começar pela dignidade humana (art. 1º), pela cláusula geral de liberdade (art. 2º) e pela cláusula geral de igualdade (art. 3º) (ALEMANHA, 2011). A Constituição Federal de 1988, por outro lado, foi a primeira a modificar a disposição topográfica e colocar os Direitos Fundamentais antes mesmo das normas de organização do Estado, pois até então estas disposições eram trazidas na parte final do texto constitucional. Este expediente contribui para a limitação do poder do Estado e para a garantia do princípio democrático da autodeterminação de cada indivíduo (SARLET, 2012, p. 71).

Antes mesmo da exposição dos direitos fundamentais, no Título II da Constituição (BRASIL, 1988), apresentam-se, no Título I os “Princípios Fundamentais” e, dentre eles, o princípio da igualdade racial, expresso no art. 3º IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988 – grifos próprios). É a partir desta disposição topográfica que se orienta a interpretação sistemática das disposições constitucionais. Partindo da dignidade da pessoa humana rumo ao objetivo fundamental da construção de uma sociedade livre de preconceitos raciais.

Humberto Ávila, em Teoria dos Princípios (2005), abordou o problema da aplicação das normas constitucionais no Brasil, visto que a reverberação das obras de Alexy produziu um fenômeno que conduziu a discussão teórico-jurídica à não se contentar com a mera proclamação (e aclamação) dos princípios constitucionais. Sendo assim, a partir da compreensão da estrutura principiológica das normas constitucionais, “são criadas condições para incorporar a justiça no debate jurídico, sem comprometimento da racionalidade argumentativa” (ÁVILA, 2005, p. 19). O incremento na compreensão conceitual sobre as normas constitucionais volta-se ao fomento do estudo de algumas categorias cuja análise tende a melhorar a própria aplicação do Direito e, consequentemente, a sua efetividade.

O autor define os postulados normativos como “deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecem vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles” (ÁVILA, 2005, p. 93), e diferencia os postulados formais dos postulados materiais. Os primeiros não indicam *a priori* um sentido para a aplicação, exigindo apenas a consecução de um *modus operandi*, enquanto os segundos têm sua aplicabilidade condicionada à existência de elementos específicos, como é o caso da igualdade (ÁVILA, 2005, p. 94).

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido e; como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de

elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e a relação entre eles (congruência do critério em razão do fim) (ÁVILA, 2005, p. 101).

Nesse sentido, Ávila reconhece algo diferente na aplicação das normas constitucionais do Brasil e enuncia a necessidade de consideração da igualdade, como elemento político – e não estritamente jurídico – para a aplicação do Direito. Contudo, somente esta apresentação superficial não basta, vez que há necessidade de se colocar a igualdade também como um postulado, que reconhece a importância de que o tratamento igual dos sujeitos não se dê apenas fundado nas análises dos dispositivos normativos de quaisquer espécies, mas na necessidade de que a própria aplicação do Direito se dê a partir do reconhecimento das desigualdades inerentes ao tecido social ao qual as normas jurídicas se aplicam.

Ao isolar o postulado da igualdade das ideias de proporcionalidade e razoabilidade, tratando cada um destes separadamente, pouco se diz a respeito do princípio da igualdade substancial, que incorpora a dimensão material e não pode, de maneira alguma, ser menosprezado.

(...) em se reconhecendo a existência de um sistema de direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e autossuficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante (SARLET, 2012, p. 77).

Não se trata, de afirmar a necessária orientação pela dignidade humana de todos os direitos fundamentais, nem mesmo de afirmar a preponderância de um direito à igualdade sob os demais, mas de reconhecer que a complexidade do sistema importa em perene risco de secundarização de direitos ligados à proposta de igualdade racial<sup>10</sup>. Considerando os objetivos de trabalho, voltados ao reconhecimento desta secundarização no processo de formação histórico da sociedade e do próprio direito brasileiro, impõe-se o reconhecimento de eventuais direitos subjetivos destituídos da dimensão estruturante das relações raciais que permeiam a sociedade e o Direito no Brasil, os quais afirmem o postulado da igualdade como horizonte da interpretação e da aplicação das normas jurídicas.

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu

---

10 Neste contexto, restam duas possibilidades que merecem atenção: (i) a necessidade de ponderação voltada à harmonização em caso de conflito entre direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 80) e; (ii) a possibilidade de relativização do ideal de igualdade racial em caso de conflito de direitos fundamentais.

conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto Constitucional e, portanto, são retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo) (SARLET, 2012, p. 82 – grifos próprios).

Torna-se possível a afirmação do primado da igualdade racial, como vetor da efetivação de direitos fundamentais subjetivos garantidores da diferença, quando se reconhece uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais<sup>11</sup>. Uma perspectiva suficientemente aberta à realidade social, histórica e cultural, que moldam o conteúdo do próprio Direito, impõe ao processo de interpretação das normas constitucionais, a partir do qual a efetividade das disposições da Lei Fundamental se perfez, a afirmação de posições subjetivas albergadas pelo princípio da igualdade racial.

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez decorrente da ideia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob o ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar (SARLET, 2012, p. 146).

O reconhecimento destas dimensões também ampara a necessidade de modelagem institucional voltada à garantia da efetividade de direitos fundamentais. Ainda assim, a dimensão objetiva está submetida à “construção de um sistema eficaz e racional para sua [dos direitos fundamentais] efetivação” (SARLET, 2012, p. 151). Este sistema subdivide os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações. Considerando que os direitos de defesa são normalmente positivados como direitos subjetivos, a questão da efetividade dos Direitos Fundamentais precisa, na verdade, reconhecer a dimensão subjetiva quanto aos direitos sociais, normalmente apontados como normas meramente programáticas, despidas de justiciabilidade.

A mera transformação da igualdade em postulado normativo não garantiria, portanto, a afirmação de direitos subjetivos contrários às estruturas racializadas da sociedade brasileira. A sua positivação não asseguraria que tais direitos não sejam violados ou que a eficácia plena dos direitos fundamentais tributários do ideal de igualdade racial seja promovida, pois os postulados

---

11 Segundo Sarlet (2012, p. 143): “(...) os direitos fundamentais passam a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positivados poderes públicos”.

apenas orientariam a aplicação de normas jurídicas, o que, por si só, não é suficiente para impedir desigualdades. Colocar a igualdade também como um postulado, reconhece a necessidade de que o tratamento igual dos sujeitos não se dê apenas fundado nas análises dos dispositivos normativos de quaisquer espécies, mas na necessidade de que a própria aplicação do Direito se dê a partir do reconhecimento das desigualdades inerentes ao tecido social ao qual as normas jurídicas se aplicam.

A necessidade da consideração da igualdade como um elemento político, no entanto, não encontra nestas expressões teóricas um campo profícuo. Parece-se ignorar a questão racial como um dos vetores da desigualdade de fato e que apenas a consideração do seu sentido formal abarcado pelos processos racionais de operacionalização do texto normativo não é suficiente.

A análise desta vertente teórica permite notar que as questões raciais estruturantes do Direito pátrio não são abordadas diretamente, restringindo-se a uma fórmula genérica que ignora as especificidades da sociedade brasileira. Tratar a (des)igualdade material de forma mais ampla é necessário, reconhecer a (des)igualdade como uma questão de política pública é primordial e reconhecer a (des)igualdade racial cravada no peito da sociedade é fundamental para seja possível compreender como abordar e tutelar a igualdade – e a diversidade – tão invocada pelos Direitos Fundamentais.

#### **4 REVISITANDO CONCEITOS TEÓRICOS: OS DESLOCAMENTOS HERMENÊUTICOS DA JURISPRUDÊNCIA**

A expansão da jurisdição constitucional é um fenômeno já amplamente conhecido (HIRSCHL, 2006, 721) e que não pode ser desconsiderado, mesmo porque os aspectos formais da Teoria dos Direitos Fundamentais, ao menos na vertente aqui apresentada, preocupam-se, especialmente, com a aplicação destes direitos pelo Poder Judiciário.

No Brasil, após a promulgação da Constituição da República de 1988, a conquista e a afirmação de direitos sociais são exemplos da transformação promovida pela nova constituição, um certo avanço no caminho a ser percorrido para se construir uma sociedade justa, igualitária e livre de preconceitos (BRASIL, 1988). Não obstante, ainda são comuns os casos de discriminação e preconceito fundados sobre a questão racial. Avolumam-se, neste cenário, exemplos de julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) abordando os mais

diversos assuntos de matriz constitucional e dois julgamentos recentes são de particular relevância para este trabalho, uma vez que abordam, diretamente, a questão racial brasileira.

O Supremo vem firmando jurisprudência em prol dessa “minoria” qualitativa, como é o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.186 (ADPF 186), ajuizada Partido Democratas (DEM), que objetivava a declaração de inconstitucionalidade de ato da Universidade de Brasília (UnB), que definiu um sistema de reserva de vagas para o ingresso nos cursos desta instituição, o qual tem com base o critério étnico-racial. O segundo exemplo, é o da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41 (ADC 41), ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que tem “por objeto a Lei nº 12.990/2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta” (BRASIL, 2017).

Em ambos os casos é, destaque-se ainda, o princípio da proporcionalidade utilizado como metodologia condutora, ao menos, dos votos dos relatores dos acórdãos, votos que são o paradigma para a redação da decisão. Após a apresentação e análise destes acórdãos, passa-se, por fim, à discussão da pregnância das estruturas raciais marcantes da sociedade brasileira no Direito pátrio.

#### **4.1 A igualdade racial e o Supremo**

A igualdade racial foi objeto, por ao menos duas vezes, de análise do Supremo Tribunal Federal (STF) na última década. As duas ações paradigmáticas que estão sob escrutínio neste trabalho destacam-se não apenas por fundarem o questionamento da constitucionalidade de medidas atinentes às quotas raciais, mas também porque demonstram o caminho da interpretação do STF nesta matéria. Diante da leitura dos julgados supracitados constata-se que em ambos os casos há, por parte da maioria dos ministros, a pretensão de viabilizar as cotas raciais, ou seja, aquelas reservadas para grupos específicos classificados por etnia; e não a pretensão de assegurar cotas socioeconômicas, que são relacionadas a renda mensal do grupo familiar do candidato.

Contudo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, apesar da questão de direito tratar, exclusivamente, das quotas raciais, remanesce, ainda certa confusão quanto ao enquadramento autônomo da política de ação afirmativa como um corolário da

igualdade material. O partido Democratas, requerente, baseia seus argumentos alegando que a desigualdade no Brasil é proveniente da desigualdade social e econômica, negligenciando a existência de uma desigualdade de cunho unicamente racial e arazoando que “não se pode responsabilizar as gerações presentes pelos erros cometidos no passado” (BRASIL, 2014, p.14).

O entendimento do STF, por outro lado, destoa do proposto pelo Partido Democratas, visto que os ministros acreditam que a concepção de raça deve servir como mecanismo para a desconstrução de hierarquias veladas (BRASIL, 2014, p. 65), utilizando políticas de ações afirmativas, como meio de promoção da igualdade material, tais como a reserva de vagas com base no critério étnico-racial, visto que as universidades são um ambiente segregado, ao qual só tem acesso aqueles que tiveram uma educação privilegiada.

A intenção de dar-se um tratamento mais favorável a quem está em situação de desvantagem, em razão de serem grupos débeis econômica e socialmente, não caracteriza arbítrio ou violação do princípio da igualdade, pelo contrário, pretende viabilizar a isonomia material (BRASIL, 2014, p. 12).

Neste sentido, observa-se um ganho qualitativo à medida em que se reconhece a fundamentação das políticas de ação afirmativa como um desdobramento do princípio da igualdade material, que passa a figurar, na esteira da doutrina pátria comentada no capítulo anterior, como um postulado aplicativo autônomo. Ainda assim, o acórdão não destaca de forma autônoma o princípio da igualdade racial como fio condutor da argumentação pela constitucionalidade da medida tomada pela UnB.

A questão não parece ter sido suficientemente esclarecida no sentido de destacar o caráter estrutural das relações sociais brasileiras, marcadas tanto pela desigualdade econômica, quanto pela desigualdade racial, razão que justifica, com base em previsões constitucionais expressas a cisão do princípio da igualdade em formal e material, e deste segundo, em igualdade socioeconômica e igualdade racial, dentre outras.

A dificuldade de reconhecimento da autonomização da questão racial, expressa no princípio da igualdade racial, assim entendido como princípio autônomo reverbera ainda, em questão secundária, é verdade, relativa à forma de aferição da identidade racial dos candidatos. Em que pese a necessária constituição de mecanismos de controle voltados à fiscalização contra fraudes no processo de autodeclaração, há, no mínimo, uma contradição performativa entre a ideia de preconceito racial fundando não em questões biológicas, mas sociais, e a busca por

traços fenotípicos como critérios de determinação da identidade racial dos candidatos ao sistema de quotas.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41, por sua vez, o caráter autônomo da questão racial já é mais elevado, contando, inclusive com o reconhecimento do caráter estruturante do princípio da igualdade racial, o que não fora, ao menos não expressamente, dito no acórdão da ADPF, em que pese tenha sido episodicamente mencionado.

A desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente (BRASIL, 2017, p. 1 – 2).

A ADC em comento declarou constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta (BRASIL, 2017, p. 3). O entendimento firmado destaca, portanto, que a desequiparação promovida pela política de quotas para ingresso no serviço público está em consonância com o princípio da isonomia, e respeita o princípio da proporcionalidade de forma que não viola os princípios do concurso público e da eficiência (BRASIL, 2017).

É claro, neste caso, o reconhecimento do caráter estrutural do racismo brasileiro, o qual se infiltra nas instituições, restringindo as possibilidades de acesso a diversos espaços da vida pública aos cidadãos em função das máscaras da sociedade nacional. Uma vez já assegurado o acesso via sistema de quotas às universidades, não basta que esta nova geração possa estudar, é necessário que ela também consiga atingir os postos mais destacados do funcionalismo público federal, para o que passa a contar com um sistema de quotas raciais aplicável aos concursos voltados ao preenchimento de vagas na Administração Pública mantida pela União.

Segundo o Min. Barroso, relator do caso, cujo voto é condutor do acórdão, há que se considerar a reverberação da presença de autoridades negras no imaginário popular:

Além desse papel simbólico, há um efeito importante sobre a autoestima das pessoas. Eu insisto nessa questão da autoestima, porque, quando ela existe, ela cria uma resistência ao preconceito dos outros. Passa a ser uma realidade que vem de dentro, e as coisas verdadeiras na vida são as que vêm de dentro. Se você não introjeta o preconceito dos outros, você não o absorve também. Portanto, a ideia de ter símbolos de sucesso, ascensão e acesso a cargos importantes para as pessoas pretas e pardas tem esse papel de influenciar a autoestima das comunidades negras. Por fim, evidentemente, há o papel de

que o pluralismo e a diversidade tornam qualquer ambiente melhor e mais rico (BRASIL, 2017, p. 22).

O reconhecimento da diversidade racial é, nestes termos, um elemento necessário à efetivação do princípio da igualdade, segundo seu corolário da igualdade racial. Trata-se, portanto, de afirmação da proteção à minoria qualitativa, a qual volta-se à garantia e ao reconhecimento da sua dignidade, bem como à consecução dos objetivos constitucionais da República.

Diante destes julgados, observa-se certo avanço na jurisprudência brasileira nos últimos anos, vez que na ADPF 186 de 2012 (BRASIL, 2014) o Supremo, por vezes confuso quanto ao princípio da igualdade material, reconheceu o problema da desigualdade racial com um viés socioeconômico, o que de fato mascara o real problema, que é preponderantemente racial. Contudo, na ADC 41 de 2017 (BRASIL, 2017), percebe-se que os ministros não transpareceram em seus votos maiores confusões entre a autonomia dos princípios da igualdade socioeconômica e da igualdade racial, ambos corolários do ideal de igualdade (material), o que possibilitou o reconhecimento explícito da desigualdade racial presente na sociedade brasileira.

#### **4.2 Subjetividades subalternas e o Direito brasileiro**

Em que pese esse importante passo dado pela Jurisprudência brasileira rumo ao reconhecimento de uma compreensão do direito que se autonomiza da influência das máscaras raciais, este trajeto ainda não foi trilhado pela teoria constitucional que é objeto de estudo neste artigo. Para que esta seja capaz de absorver a reorientação estrutural do conceito de Direito exigida pelo desfazimento das estruturas raciais da sociedade brasileira, faz-se necessário reorientar o *modus* de interpretação das normas jurídicas.

É necessária uma análise mais etérea e objetiva, que seja capaz de fomentar a diversidade em vez de apenas produzir igualdade, visto que este direito, por vezes, afasta as complexidades características da sociedade brasileira, negando ou encobrindo a multiplicidade existente desde a colonização deste país. Trata-se de perspectiva mais objetiva, uma vez que requer a identificação de tratamento da pessoa com fundamento na sua dignidade, o que se impõem quando se reconhece que a desigualdade característica das relações sociais no Brasil é fruto de uma perspectiva subjetiva, a qual categoriza as pessoas como sujeitos de direitos, portadores, pois, de

direitos subjetivos diferentes, o que enseja tratamentos jurídicos diferentes, em muitos casos, racistas.

Nesse contexto, vislumbra-se a primordialidade da aplicação do princípio da igualdade para além da igualdade formal, que por sua vez homogeniza parcelas (à margem) da sociedade. Aqui, a igualdade deve estar relacionada à (re)construção de uma sociedade em que prevaleça a diversidade, reconhecendo as mazelas de um passado racista, eugenista e preconceituoso, almejando, sobretudo, uma guinada para um futuro livre de preconceitos de qualquer natureza.

Se a própria constituição da sociedade brasileira se moldou a partir das máscaras raciais, é certo que também o Direito e, especialmente, a sua interpretação e sua aplicação também estão contaminadas pelas estruturas raciais. Esta constatação é o que se observa, em um primeiro momento, da análise da Teoria dos Direitos Fundamentais, conforme a matriz germânica. Ainda que a teoria nacional tenha mitigado este problema, a partir do reconhecimento da igualdade material como um postulado aplicativo autônomo e, também, tenha se movido no sentido de reconhecer a aplicabilidade deste postulado como móvel da efetivação de direitos fundamentais, inclusive, dos direitos sociais, foi a jurisprudência que destacou o caráter autônomo da igualdade racial.

Reorientar o Direito segundo este princípio requer uma revisão profunda de todo o instrumental disponível para a compreensão e a interpretação do direito vigente, sem o que a efetividade das normas de direitos fundamentais, ainda que formalmente fundada sobre o ideal da dignidade humana, jamais será suficiente para concretizar o ambicioso objetivo inscrito no art. 3º, IV da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988).

Uma vez constatada a história de preconceitos que moveu a construção da sociedade brasileira, esperar que as previsões formais sejam suficientes para a garantia da dignidade da pessoa, ignora o fato de que o próprio conceito de sujeito de direito opera uma mitigação na efetividade do ideal de igualdade, já que ele próprio tem ouvidos mocos à fala de todos aqueles que, antes mudos, hoje podem se expressar. Esta fala, no entanto, não é, por si só, tampouco, suficiente. Aquele que fala deve ser ouvido, isto é, aquele que expressa sua condição de subalternidade e exige tratamento isonômico, ainda que pela via das políticas de ação afirmativa, precisa receber o tratamento dispensado a todos aqueles que não partilham com ele desta condição. A saber, precisa, ao menos, ser ouvido.

## 5 CONCLUSÃO

Este trabalho é inspirado em um o desafio: olhar com os olhos do outro, a partir do qual se propõe analisar uma questão, por vezes, ignorada por quem deveria tutelar e garantir a igualdade tanto formal quanto materialmente. A decolonialidade e o racismo mascarado, inspirações teóricas ao presente estudo, oportunizam a reflexão em torno da questão racial e sua interferência no ordenamento jurídico. Qual o grau de importância desta problemática nos estudos da Teoria dos Direitos Fundamentais, especialmente aqueles inspirados na matriz germânica?

Em uma primeira análise acerca da positivação dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 e da eficácia destes, é possível observar que a questão racial, assim entendida a reflexão em torno das máscaras raciais das sociedades colonizadas, não seria, por si só, suficiente para a reconstrução de um paradigma jurídico não-racista. É fundamental a qualquer teoria reconduzir-se, periodicamente, aos seus próprios fundamentos. Revisitá-los é um esforço de renovação, sem o que a atualização dos conceitos e da aplicação dos Direitos Fundamentais, no caso, não se dará de forma suficiente para lidar com a sociedade contemporânea.

A compreensão da relação entre Estado, poder e Direito nas sociedades colonializadas reconhece, segundo Quijano (2002), a dominação, a exploração e o conflito ocultos por uma aceitação do negro como pessoa, quando, na verdade, aproveitavam-se da subalternização deste para exercer força e violência através da institucionalização de máscaras raciais. Na tentativa de fazer com que negros embranquecessem para serem aceitos e assim tornarem-se submissos ao Estado e seu poder de coerção, descaracterizavam-se traços culturais e subjetivos da população escrava e de sua descendência (NASCIMENTO, 2016) para sustentar o controle social e assim manter – e reconstruir – as estruturas de dominação, marcadas pelo racismo institucionalizado.

A crítica da representação do subalterno (SPIVAK, 2014), destaca que o “falar por” e o “(re)presentar” consubstanciariam tentativas de controle social, uma vez que representar ou falar sobre a necessidade do outro sem deixar que este o faça por si mesmo seria o mesmo que dizer sobre o outro e sobre suas necessidades sem que ele próprio possa fazê-lo, neste caso, mantendo uma concepção branca. A abolição da escravidão formalizou o reconhecimento, com relação aos negros libertos, da condição de serem sujeitos de direito, mas não tutelou que eles fossem vistos e aceitos como pessoas, merecedoras de respeito e igualdade de direitos.

A Teoria dos Direitos Fundamentais reverbera no Brasil, segundo o paradigma europeu, especificamente de matriz germânica, secundarizando as particularidades das desigualdades, sejam elas de gênero, raça, condição social ou quaisquer que sejam as diferenças que caracterizem uma necessidade tutela de igualdade. Enquanto a teoria germânica, que ocupa um *locus* hegemônico na construção conceitual dos Direitos Fundamentais, sequer reconhece a questão racial, a teorização nacional, ainda que a reconheça, trata-a como expressão da desigualdade inerente às dinâmicas socioeconômicas.

Apesar de um avanço conceitual, no sentido de efetivar a garantia da diversidade, móvel da promoção da igualdade material, é a jurisprudência, especificamente do Supremo Tribunal Federal, que deu o passo mais decisivo para a incorporação do princípio da igualdade racial, visto como corolário autônomo do princípio da igualdade. De início, a matéria mantinha os traços socioeconômicos característicos da perspectiva teórica brasileira, no entanto, mais recentemente, no acórdão da ADC n. 41 (BRASIL, 2017) ficaram explícitas as máscaras raciais que precisam cair para que seja possível a construção de uma sociedade livre de preconceitos de qualquer natureza.

Considerando a proposta de trabalho, voltada ao reconhecimento desta secundarização no processo de formação histórica da sociedade e do próprio direito brasileiro, tem-se que a ausência – à exceção do último julgado analisado – de preocupação específica com a igualdade racial, em que pese a participação mais efetiva da população no processo constituinte, é, na verdade, a constatação de que a questão racial brasileira permanece como um elemento, mas não como um elemento de destaque na ordem jurídica. A revisão conceitual da Teoria dos Direitos Fundamentais é uma tarefa, portanto, ainda em fase germinal, que precisa reconhecer que o sujeito de direito negro é, antes de tudo, pessoa cuja dignidade é fundamento para o próprio Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha* de 08 de maio de 1949 (texto compilado). Berlim: Parlamento Federal Alemão, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 16 de novembro de 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo Malheiros, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 05 de outubro de 1988 (texto compilado). Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 16 de novembro de 2018

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*, Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015 (texto compilado). Brasília: Diário Oficial da União, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 16 de novembro de 2018.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADC n. 41*. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília: Diário Eletrônico de Justiça, 2017. Disponível em: <[redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729)>. Acesso em 16 de novembro de 2018.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF n.186*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília: Diário Eletrônico de Justiça, 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em 20 de março de 2018.

FANON, Franz. *Pele negra, máscaras brancas*. Tradução Renato da Silveira, Salvador: EDUFBA, 2008.

FOUCAULT, Michel. El sujeto y el poder. In. *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 50, n.3, jul. – set. 1988, p. 3 – 20.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. Ed. Belo Horizonte: DelRey, 2010.

HIRSCHL, Ran. The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. In. *Fordham Law Review*, vol. 75, n. 2, 2006, p. 721 – 753.

LORENZINI, Daniele; TAZZIOLI, Martina. Confessional subjects and conducts of non-truth: Foucault, Fanon, and the making of the subject. In. *Theory, Culture & Society*, jan. 2016, p. 1 – 20.

MANDONADO-TORRES, Nelson. On the coloniality of being. In. *Cultural Studies*. vol 21, n.2, 2007, p. 240 – 270.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. São Paulo: Perspectiva, 2016.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade, poder, globalização e democracia. In *Revista Novos Rumos*. v. 17, n. 37, maio./ ago. 2002 p. 4 – 28.

REDE DE ENSINO DOCTUM. COORDENAÇÃO GERAL DE PESQUISA. *Manual de Pesquisa da Rede de Ensino Doctum*. Caratinga: Publicação interna do Instituto Ensinar Brasil, 2017.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. *Estudos Feministas*. vol. 13, n. 1, jan./abr. 2005, p. 11 – 30.

SOUZA, Neusa Santos. *Tornar-se negro: as vicissitudes da identidade do negro brasileiro em ascensão social*. Rio de Janeiro: Graal, 1983

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Tradução Sandra Renina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa, André Pereira Feitosa. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2014.