

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
DOUTORADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

ROBERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES

**Direito Comparado e proteção à dignidade humana em
precedentes do STF
HC 82.424 e ADPF 186.**

BRASÍLIA

2024

ROBERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES

**Direito Comparado e proteção à dignidade humana em
precedentes do STF.
HC 82.424 e ADPF 186.**

Tese de Doutorado, desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco apresentada para obtenção do Título de Doutora em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2024

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros.

Direito Comparado e proteção à dignidade humana em precedentes do STF – HC 82.424 E ADPF 186. Roberta Fragoso de Medeiros Menezes, 2024, 196p.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.
Tese (Doutorado). Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2024.

1. Jurisdição Constitucional. 2. Direito Comparado. 3. HC 82.424 e ADPF 186. 4. Democracia Racial. 5. Homem Cordial.

ROBERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES

**Direito Comparado e proteção à dignidade humana em
precedentes do STF – HC 82.424 E ADPF 186.**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito Constitucional

Data da defesa: 18/12/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof. Dr. Osmar Mendes Paixão Cortes
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa -IDP

Prof^a. Dra. Clarita Costa Maia
Universidade de São Paulo - USP

Prof. Dr. Edvaldo Nilo de Almeida
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

AGRADECIMENTOS

Agradecer é falar com o coração. Não é de se esperar, assim, palavras frias ou contidas. É chegado o momento de falar de amor e expressar gratidão pela amizade, pelo carinho e pelo apoio recebidos.

A elaboração deste trabalho não foi um processo solitário. Várias pessoas foram fundamentais em minha vida, por razões diversas, para que finalmente conseguisse atingir esse objetivo. Gostaria, assim, de agradecer àqueles que me forneceram o suporte emocional e afetivo para a concretização desse projeto. Aos meus pais, Marília, Juan, Zaninha e Ronald, porque sempre me incentivaram a batalhar pelos meus sonhos. E porque alimentaram em mim a ilusão de que nada é impossível, desde que se tenha coragem. Em momentos de fraqueza, foi a crença nesta quimera que me manteve íntegra.

Às minhas avós, *in memoriam*, Tamar, Zaná e Elza, pela meiguice e ternura do cotidiano. Aos meus irmãos, Renata, Duda, Thiago e Ronald Júnior, pela amizade, companheirismo e alegria. Aos meus tios, particularmente Tia Marta e Tio Astor, que me acolheram quando cheguei a Brasília. Aos meus primos e amigos, como Geraldo, Rebecca, Fúlvio, Manuca, Tia Ana, Cláudio, Rodrigo, Mara, Clarissa, Raissa, Charlana, Teu, Isabela, Tânia, Hélio, Daniel, Carla, Luís Mário, Dalya, Mary, Maria e Leu, sem cujo apoio, amizade e carinho nada disso teria sido possível.

Em Brasília, encontrei uma nova casa. Agradeço, especialmente, à Faculdade de Direito do Instituto de Direito Público - IDP, por ter propiciado a chance de aprimorar-me, como estudante e como pesquisadora. Aos colegas da turma do Doutorado, pela amizade e pelo suporte durante o processo de elaboração do trabalho. Ao meu orientador, Paulo Gustavo Gonet Branco, pela paciência e dedicação de sempre. À Biblioteca da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, na pessoa de Cristiany Ferreira Borges, pela excelência com que desempenha seus trabalhos e por ter conseguido obter grande parte das obras raras utilizadas nesta pesquisa.

À Procuradoria-Geral do Distrito Federal, instituição que me orgulho de pertencer, pela grandeza de meus pares e probidade com a qual desempenham seus misteres. Agradeço em nome dos meus grandes amigos Tatiana, Lucas, Eduardo, Lília, Maria Júlia, Janaína, Ana Lúcia, Luciano, Odon, Guto, Fábio e Hugo.

Agradeço, alfim, a Renata, Bia, Juba, Duda, Thor e Gabi, pelos inúmeros debates e discussões sobre o tema. Nossas conversas foram fundamentais para tornar claro o que, para mim, era ainda sombra e névoa. A memória é uma herança que perpetua a história. É que, em muitas vezes, bastou a presença de vocês para conferir sentido a todo o resto.

À Gabiba furacão e ao meu louro Thor. À
Mãemute, Bia, Juba, Duda e Mainha.

SUMÁRIO

PARTE I – INTRODUÇÃO.....	11
1.1 O estudo do Direito Comparado	11
1.2. O pensamento constitucional brasileiro.....	17
PARTE II — A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	24
2.1. A herança do bacharelismo jurídico no Brasil	24
2.1. A herança positivista do Direito Constitucional e a subjugação do Supremo Tribunal Federal.....	52
PARTE III —ANÁLISE DOS CASOS EM QUE O STF APLICOU O DIREITO COMPARADO NO BRASIL.....	63
3.1. A liberdade de expressão no Direito Comparado – o caso Ellwanger – HC 82.424.....	63
3.2. <i>Wo Es war, soll Ich werden.</i> traduzindo o indizível: a hecatombe moral e civilizacional do Holocausto. Não há estória mais difícil de ser contada em toda a história da humanidade.....	68
3.3. O Holocausto.....	74
3.4. - História do pensamento racial – uma gota de sangue – o nazismo, a eugenia e as leis raciais.....	83
3.5. A nazificação dos médicos.....	87
3.6. A experiência com gêmeos e anões.....	90
3.7. Liberdade de expressão no Direito Comparado – uma análise sobre os Estados Unidos da América e sobre a Alemanha	91
3.8. Mais pormenores sobre o caso Ellwanger.....	102
3.9. A implantação das cotas raciais no Brasil	113
3.10. O perigo da importação de modelos. Os exemplos de Ruanda e dos Estados Unidos....	129
3.10.1. Ruanda: um caso extremo de boas intenções.....	129
3.10.2. Os Estados Unidos da América – a segregação como política de Estado. As leis Jim Crow. A criação de ações afirmativas para negros	132
3.11. Os indicadores envolvendo raça	142
3.12. Sistemas de classificação racial	145
3.12.1. Sistema birracial norte-americano.....	145
3.12.1. Sistema multirracial brasileiro	146
3.13. Análise de um programa afirmativo sob a ótica da proporcionalidade	149
3.14. A necessidade dos mitos – a função do mito da democracia racial e do homem cordial no Brasil	153
3.14.1. A importância de Gilberto Freyre e de Casa-Grande e Senzala – o contexto no qual se insere	157
3.14.2. A cordialidade do homem brasileiro– Sérgio Buarque de Holanda e Raízes do Brasil.....	168
3.14.3 – A relação entre o homem cordial e a democracia racial e o diagnóstico sobre a viabilidade da Democracia no Brasil.....	171
PARTE IV - CONCLUSÃO.....	178
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	186

RESUMO:

Direito Comparado não é somente estilo de argumentação, é, acima de tudo, necessidade. Dificilmente se conhece um sistema de Direito sem análise da tradição jurídica em que esteja inserido. O estudo metodológico do Direito Comparado é poderosa ferramenta de autocompreensão e autoanálise crítico-científica do Direito interno. O desaparecimento das fronteiras no mundo virtual, o fenômeno da globalização e a necessidade de aprimoramento das formas de acesso aos poderes estatais, especialmente em um mundo pandêmico pós-COVID-19, aproximou as distâncias pelos avanços tecnológicos e contribuiu sobremaneira para um processo imperceptível de unificação de valores que ocasionaram uma “absolutização” de traços de culturas nacionais. O Direito Comparado surge como ferramenta de análise de problemas jurídicos “difíceis” e, diante do prestígio da tendência do “comparatismo”, resultou na elevação desse tipo de estudo à quase fonte do direito. O estudo adequado e contextualizado das decisões proferidas pela Suprema Corte Constitucional se fez imperioso, especialmente nos casos envolvendo a ideia de raça, como no HC 82.424 e na ADPF 186, para que se conseguisse entender dentro de quais pressupostos tais compreensões foram fundamentadas e, desta forma, conseguir fazer as ponderações necessárias quanto à utilização crítica do Direito Comparado. Da mesma forma que o sistema político-democrático pode ser desconfigurado e servir de instrumento de manipulação e exploração sob uma justificativa formal, o Direito Comparado pode servir também como reforço direto desse processo de unificação jurídico-cultural. Sem controle, sem crítica consistente e sem um cuidado científico, a importação de modelos jurídicos estrangeiros, por se basear em modelos de “verdade”, pode desconectar discurso teórico da prática social e transformar esse discurso em mero processo de deleite acadêmico, sem qualquer função crítica ou mesmo servir de “populismo” teórico, ou seja, a defesa de teses popularmente aplaudidas, mas inaplicáveis em situações socioeconômicas como a brasileira. A Constituição “cidadã” se transformaria, assim, em Constituição nominal e se tornaria simbólica, percorrendo o caminho inverso da efetividade social de seus princípios. Foi isso o que aconteceu no julgamento das cotas raciais – ADPF 186. Já no caso Ellwanger (HC 82.424), tivemos uma boa aplicação de Direito Comparado. Ao analisarmos contextos diversos, especialmente ao compararmos nações que tiveram graves problemas com a temática racial, como os EUA, Alemanha e Ruanda, percebemos que as identidades nacionais em tais países foram moldadas, ao menos em parte, pela noção de divisão da sociedade em “grupos de sangue”. No Brasil, pelo contrário, o sentimento de identidade nacional organizou-se em torno justamente dessas narrativas - da democracia racial e do homem cordial -, ou, em outras palavras, na noção de mestiçagem e de passionalidade do povo brasileiro.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Direito Comparado. HC 82.424 e ADPF 186. Democracia Racial. Homem Cordial.

ABSTRACT:

Comparative Law is not just a style of argumentation, it is, above all, a necessity. It is difficult to know a legal system without analysis of the legal tradition in which it is inserted. The methodological study of Comparative Law is a powerful tool for self-understanding and critical-scientific self-analysis of domestic law. The disappearance of borders in the virtual world, the phenomenon of globalization and the need to improve ways of accessing state powers, especially in a post-COVID-19 pandemic world, brought distances closer due to technological advances and contributed greatly to an imperceptible process of unification of values that led to an “absolutization” of traits of national cultures. Comparative Law emerges as a tool for analyzing “difficult” legal problems and, given the prestige of the “comparatism” tendency, resulted in the elevation of this type of study to the quasi source of law. However, the fading of this method was noticed, due to the lack of effective protection of fundamental rights and freedoms. The adequate and contextualized study of the decisions handed down by the Supreme Constitutional Court is imperative, especially in cases involving the idea of race as in HC 82.424 and ADPF 186, so that one can understand within which assumptions such understandings were based and, therefore, way, to be able to make the necessary considerations regarding the critical use of Comparative Law. In the same way that the political-democratic system can be disfigured and serve as an instrument of manipulation and exploitation under a formal justification, Comparative Law can also serve as a direct reinforcement of this process of legal-cultural unification. Without control, without consistent criticism and without scientific care, the importation of foreign legal models, based on models of “truth”, can disconnect theoretical discourse from social practice and transform this discourse into a mere process of academic delight, without any function. criticize or even serve as theoretical “populism”, that is, the defense of popularly applauded theses, but inapplicable in socioeconomic situations such as the Brazilian one. The “citizen” Constitution is transformed into a nominal Constitution and becomes symbolic, following the inverse path of the social effectiveness of its principles. The doctrine is detached from social practice and jurisprudence and no longer assumes a critical and dialogic role, because, instead of solving concrete problems, it deepens into a merely academic transcendental discourse. This is what happened in the trial of racial quotas – ADPF 186. In the Ellwanger case (HC 82.424), we had a good application of Comparative Law. When analyzing different contexts, especially when comparing nations that had serious problems with racial issues, such as the USA, Germany and Rwanda, confronting that national identities in such countries were shaped, at least in part, by the notion of dividing society into " blood groups". In Brazil, on the contrary, the feeling of national identity was organized around precisely these narratives - of racial democracy and the cordial man -, or, in other words, in the notion of miscegenation and passionality of the Brazilian people.

Key-words: Constitutional Jurisdiction. Comparative law. HC 82.424 and ADPF 186. Racial Democracy. Friendly man.

RÉSUMÉ :

Le droit comparé n'est pas qu'un style d'argumentation, c'est avant tout une nécessité. Il est difficile de connaître un système juridique sans analyse de la tradition juridique dans laquelle il s'insère. L'étude méthodologique du droit comparé est un puissant outil d'auto-compréhension et d'auto-analyse scientifique critique du droit interne. La disparition des frontières dans le monde virtuel, le phénomène de la mondialisation et la nécessité d'améliorer les voies d'accès aux pouvoirs de l'État, en particulier dans un monde postpandémie COVID-19, ont rapproché les distances en raison des avancées technologiques et ont grandement contribué à un processus imperceptible d'unification des valeurs qui a conduit à une « absolutisation » des traits des cultures nationales. Le droit comparé apparaît comme un outil d'analyse des problèmes juridiques « difficiles » et, compte tenu du prestige de la tendance au « comparatisme », aboutit à l'élévation de ce type d'études au rang de quasi source du droit. Cependant, l'essoufflement de cette méthode a été constaté, faute de protection effective des libertés et droits fondamentaux. L'étude adéquate et contextualisée des décisions rendues par la Cour constitutionnelle suprême est impérative, en particulier dans les affaires impliquant l'idée de race, la goutte de sang, comme dans HC 82.424 et ADPF 186, afin qu'il soit possible de comprendre dans quelles hypothèses ces compréhensions ont été étayées et, de cette manière, en mesure de faire les considérations nécessaires concernant l'utilisation critique du droit comparé. De la même manière que le système politico-démocratique peut être défiguré et servir d'instrument de manipulation et d'exploitation sous une justification formelle, le droit comparé peut également servir de renfort direct à ce processus d'unification juridico-culturelle. Sans contrôle, sans critique cohérente et sans soin scientifique, l'importation de modèles juridiques étrangers, fondés sur des modèles de « vérité », peut déconnecter le discours théorique de la pratique sociale et transformer ce discours en un simple processus de délectation académique, sans aucune fonction. où même servir de « populisme » théorique, c'est-à-dire la défense de thèses populairement applaudies, mais inapplicables dans des situations socio-économiques comme celle du Brésil. La Constitution « citoyenne » se transforme en Constitution nominale et devient symbolique, suivant le chemin inverse de l'effectivité sociale de ses principes. La doctrine est détachée de la pratique sociale et de la jurisprudence et n'assume plus un rôle critique et dialogique, car, au lieu de résoudre des problèmes concrets, elle s'approfondit dans un discours transcendantal purement académique. C'est ce qui s'est passé dans le procès des quotas raciaux - ADPF 186. Dans l'affaire Ellwanger (HC 82.424), nous avons eu une bonne application du Droit Comparé. Lors de l'analyse de différents contextes, en particulier lors de la comparaison de nations qui avaient de graves problèmes de race, comme les États-Unis, l'Allemagne et le Rwanda, la confrontation au fait que les identités nationales dans ces pays étaient façonnées, au moins en partie, par la notion de division de la société en « sang groupes ». Au Brésil, au contraire, le sentiment d'identité nationale s'organisait précisément autour de ces récits - de la démocratie raciale et de l'homme cordial -, ou, en d'autres termes, dans la notion de métissage et de passionnalité du peuple brésilien.

Mots-clés : Juridiction constitutionnelle. Droit comparé. HC 82.424 et ADPF 186. Démocratie raciale. Homme cordial.

Parte I — INTRODUÇÃO.

1.1.O ESTUDO DO DIREITO COMPARADO

Estudar os sistemas de jurisdição constitucional comparados hoje, não é somente uma disciplina jurídica ou um estilo de argumentação, de erudição do discurso acadêmico; é, acima de tudo, uma necessidade. Dificilmente se conhece um sistema de Direito sem um conhecimento prévio da tradição jurídica em que esteja inserido. Nesse contexto, o estudo metodológico do Direito Comparado é poderosa ferramenta de autocompreensão e autoanálise crítico-científica do Direito interno.

Os fatores determinantes dessa situação não são jurídicos, mas nascem de contextos sociais, políticos, econômicos, históricos e culturais que redefinem o “objeto” de exame do Direito. O desaparecimento das fronteiras no mundo virtual, o fenômeno da globalização e a necessidade de aprimoramento das formas de acesso aos poderes estatais, especialmente em um mundo pandêmico pós-COVID-19, aproximou as distâncias pelos avanços tecnológicos e contribuíram sobremaneira para um processo imperceptível de unificação de valores e de conceitos que ocasionaram uma suposta “absolutização” de certos traços de culturas nacionais¹.

Bauman traduz o quão complexa é a percepção de identidade na pós-modernidade líquida: “no admirável mundo novo das oportunidades fugazes e das seguranças frágeis, a sabedoria popular foi rápida em perceber os novos requisitos. Em 1994, um cartaz espalhado pelas ruas de Berlim ridicularizava a lealdade a estruturas que não eram mais suficientes para registrar as realidades do mundo: ‘seu Cristo é judeu. Seu carro é japonês. Sua pizza é italiana. Sua democracia, grega. Seu café, brasileiro. Seu feriado, turco. Seus algarismos, arábicos. Suas letras, latinas. Só o seu vizinho é estrangeiro’”².

¹ Nesse sentido, ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado – Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos**. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1980, p:96 e ss; DAVID, René. **Tratado de derecho civil comparado – Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al metodo comparativo**. Traducción Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953, p.:137; SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Véra Jacob. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 191; ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. Translated by Tony Weir. New York: Clarendon Press – Oxford, 1992, p.:23, ABBOUD, Georges. **Constitucionalismo Global**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 14 e ss.

² BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 33. Afirma Zimbardo: “Os poderosos chefões não costumam fazer o trabalho sujo eles mesmos, do mesmo modo que os chefes da máfia deixam os assassinatos para os subalternos. Os sistemas criam hierarquias de dominação em que a influência e a comunicação correm de cima para baixo – e raramente de baixo para cima. Quando uma elite do poder quer destruir uma nação inimiga, ela se volta para os especialistas em propaganda para que confeccionem um discurso de ódio. O que faz com que os cidadãos de uma sociedade odeiem os cidadãos de outra sociedade a ponto de quererem segregá-los, atormentá-los e até matá-los? É preciso um “imaginário hostil”, uma construção psicológica profundamente implantada em suas mentes pela propaganda que

Após a 2ª Grande Guerra, associaram-se os estudos metodológicos do Direito Comparado à busca de um “*direito comum da humanidade civilizada*”, a um “*direito comum legislativo*” ou a um “*Direito mundial do século XX*”. A tese oficial subjacente ao estudo do Direito Comparado é a unificação dos direitos e a busca por um direito mundial comum. O mencionado fenômeno destaca o estudo em torno do Direito Comparado como substancial ferramenta de análise de problemas jurídicos “difíceis” e, diante do prestígio da tendência do “comparatismo”, resultou na elevação desse tipo de estudo à quase fonte do direito, de hierarquia superior ao da doutrina ou dos costumes. A bem da verdade, o momento atual representa uma rediscussão das teses da Escola Histórica de Savigny (primeira metade do século XIX) que afastava o Direito Comparado como fonte e somente se pautava nas circunstâncias socioculturais de um povo ou no seu espírito (*Volksgeist*)³.

O impacto do Direito Comparado sempre foi sentido de uma forma especial pelo Direito Privado, notadamente, dentre países de mesma raiz histórico-jurídica. Os países de formação jurídica romanista não só cultivaram o apego por um Código Civil, como também Nações de outras matizes. Obviamente que, nesse contexto, fala-se de uma influência do direito estrangeiro na própria semente legislativa do Direito interno. Entretanto, não é difícil perceber que se ressalta tal influência sob um aspecto formal, muito mais jurídico-dogmático do que cultural (muito embora não seja possível o desprendimento radical dos dois níveis de influxos).

No Direito Constitucional, todavia, o condicionamento do direito interno à influência estrangeira se dá em um nível muito mais profundo e decisivo. A proximidade desta seara do Direito com outras áreas do conhecimento humanístico (como história, ciência política, relações internacionais, antropologia, sociologia, economia) faz com que essa influência se produza a partir de uma gama muito rica de contatos que extrapolam a simples comparação jurídica. Além disso, estudar direito constitucional em seus vários campos, significa enveredar por um campo muito fluido, dependente da dinâmica social, que por isso mesmo se arma de

transforme os outros no ‘inimigo’. Esta imagem é a maior motivação de um soldado, que carrega seu rifle com a munição do ódio e do medo”. E prossegue: “Tudo isso é produzido com palavras e imagens. Para citar um velho ditado da língua inglesa: ‘paus e pedras podem lhe quebrar os ossos, mas palavras podem matá-lo’. O processo se inicia com a criação de noções estereotipadas do outro, percepções desumanizadas, o outro como imprestável, o outro como todo-poderoso, demoníaco, como um monstro abstrato, como uma ameaça fundamental a nossos mais caros valores e crenças. Com um marcado temor coletivo e a ameaça do inimigo iminente, pessoas razoáveis atuam irracionalmente, pessoas independentes podem atuar em impensada conformidade e pessoas pacíficas como guerreiras. Imagens visuais dramáticas do inimigo em posteres, televisão, capas de revistas, filmes e internet imprimem nas reentrâncias do sistema límbico a porção primitiva do cérebro poderosas noções de medo e ódio”. ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer. Como pessoas boas se tornam más**. Tradução de Tiago Novaes Lima. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2022, p. 31 e 32.

³ CONSTANTINESCO, Leotin. **Tratado de direito comparado—Introdução ao direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 96.

cláusulas gerais e de princípios abertos para se manter constantemente atualizado. Elementos sociais e culturais necessariamente auxiliam na tarefa de interpretação e de concretização dessa normatividade⁴. Em outras palavras, o sentido histórico e dinâmico dos dispositivos constitucionais são muito mais metajurídicos do que jurídicos⁵. Esse fato peculiar traz consequências diferentes na forma como encarar o Direito Comparado e, inevitavelmente, aumenta a responsabilidade do “comparatista” ou do crítico do Direito Comparado.

A par dos debates que tentam identificar o momento de início da perspectiva comparada no Direito, parece existir consenso no fato de que seu grande episódio histórico ocorreu com o I Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Paris em 1900, fato que institucionalizou a disciplina e reconheceu sua relativa autonomia.

O Congresso de Paris inaugurou uma fase do comparatismo que veio em superação ao estudo da matéria apenas como simples atividade de cotejo legislativo. Nessa primeira fase, o objetivo era identificar, na diversidade dos sistemas nacionais, ideias e princípios comuns que formariam os princípios gerais de Direito reconhecidos pelos países civilizados, processo que exigia mais do que uma comparação legislativa, mas uma análise pormenorizada de práticas, jurisprudência, doutrina e da evolução histórica de cada Direito.

A segunda fase está no período entreguerras, época de turbulência nos sistemas jurídicos internos. Os comparatistas de 1900 buscavam os princípios comuns por meio de uma atividade de pesquisa e de constatação, a partir de uma postura, nesse sentido, estática e acadêmica. Já os comparatistas de 1925 eram alimentados por uma concepção politicamente engajada: a construção de um Direito Mundial do século XX. O Direito Comparado teria papel importante nessa concepção universalista e mundialista: a formação de um Direito único e uniforme a partir de uma compreensão pacifista da sociedade internacional.

A terceira etapa é após a Segunda Grande Guerra. A diferença básica é que os horrores da Guerra destacaram a *necessidade da “mundialização” de um sistema firme de*

⁴ Ver as posições histórico-valorativas do sentido da constituição, como a de SMEND, Rudolf. **Constitucion y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985; HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998; HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Trad. Joaquín Camazano. Madrid: Dykinson, 2003 e ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001. Essas posições tiveram grande influência na percepção da interpretação constitucional no Brasil após 1988 (ver BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34^a. São Paulo: Malheiros, 2019; MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998; e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998).

⁵ Nesse sentido, a Constituição é muito mais cultura do que direito. HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 68 e ss; VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría de la constitución como ciencia cultural**. Madrid: Dykinson, 1998, p.59.

defesa dos direitos fundamentais. Não havia mais a confiança e o otimismo da segunda fase, mas a incorporação interna de sistemas alienígenas acontece agora na base da desconfiança e da política imperialista (e não mais com o senso pacifista). Com o fim das tiranias nacionalistas e fascistas, o mundo se divide em blocos antagônicos e a ideia universalista da segunda fase cede lugar às comparações a partir de vinculações político-econômicas de cada um dos lados. Relevante destacar que até hoje é extremamente significativo o número de Estados nos quais não se pratica efetivamente *a democracia, tal qual se imagina em um modelo ocidental*. Observa-se o equívoco do ocidentalismo em imaginar que seus parâmetros são os ideais, mesmo que não aceitos e praticados por muitos outros Estados. A defesa que se faz é da tese que aqueles outros não teriam ainda “evoluído” para o padrão ocidental.⁶

Em verdade, nesse conjunto, a defesa do modelo democrático, por vezes, se faz, como argumento político-econômico, como o embate com o Irã. Em outros casos, sistemas extremamente violentos, sem respeito a direitos humanos básicos, como o caso da Arábia Saudita⁷.

Fala-se hoje de um Direito Comparado ainda dentro de uma perspectiva mundial, embora seja necessário atenuar-se a ideia de mundialização, levando-se em conta essa pluralidade de modelos *autocráticos* existentes e, de certo modo, populacionalmente prevalentes.

O contexto não é mais a separação do planeta em blocos geopolíticos, mas agora, em termos jurídicos, a supremacia de dois grandes sistemas: o americano, de origem na *common law*; e o europeu, de origem romano-germânica. Embora não se possa olvidar a existência de fatores de convergência bem nítidos, por exemplo, não é possível se olvidar a existência de inúmeros mecanismos de convergência aproximando os modelos, naquilo que relevante parcela da doutrina denomina de “law in a global era”⁸.

⁶ Note-se o conjunto formado por países como: China (1.425 bilhão de habitantes) / Índia (1.428 bilhão de habitantes) / Indonésia (281,6 milhões de habitantes)/ Paquistão (232,9 milhões de habitantes)/ Nigéria (220,5 milhões de habitantes) / Bangladesh (169,3 milhões de habitantes)/ Rússia (146,1 milhões de habitantes)/ além de Mongólia/ Vietnã/ Brunei/ Cingapura/ Coreia do Norte/ países muçulmanos como Emirados Árabes, Irã, Iraque, Kuwait, Omã, Nepal, Síria, Egito, Líbia, Etiópia, Argélia, Marrocos... os países da África subsaariana; e, bom número de países da América latina, como Cuba, Nicarágua, Venezuela dentre outros.

⁷ Monarquia absolutista, com aplicação do modelo de direito conjugado com a religião (sharia), sendo parâmetros normativos o CORÃO e a Sunnah, onde são proibidos partidos políticos e não há eleições nacionais. Está entre os países menos democráticos do mundo (*The Economist intelligence Unit – The economist Democracy Index 2010*).

⁸ Nesse sentido, merece consulta a obra de Alfred C. Aman JR., na qual o citado autor destaca a proliferação de órgãos com papel normativo, transnacionais, e, mesmo dentro dos estados nacionais a quebra da ideia de um modelo normativo piramidal, para uma estrutura de múltiplos entes normatizadores, com as agências reguladoras, ou autoridades administrativas independentes, no modelo europeu continental AMAN JR., Alfred. **Administrative law in a global era**. Cornell University: New York, 1992, p.131 e ss.

Sob o ponto de vista mundial, existe uma campanha a partir dos estados de universalização dos valores ocidentais especialmente no campo dos Direitos Humanos encampada pela ONU e outros organismos internacionais, embora seja de se reconhecer que tal postura não corresponde necessariamente ao agir de grandes potências, mais pautadas por interesses econômicos próprios e que consideram prevalentes.⁹

Ao longo de toda essa evolução, entretanto, uma bandeira parece nunca perecer: a própria ideia de universalismo e de superação das peculiaridades locais. Desde o início, a concepção de relativização do Direito local se tornou parte do próprio conceito de comparação jurídica. Alguns pilares dessa tendência são nitidamente detectáveis em relação a temas como proteção de direitos humanos e luta contra as imunidades de poder.¹⁰

Por outro lado, o estudo metodológico do Direito Comparado sempre se prendeu a uma visão estritamente positivista e formalista. Tanto assim que dentre seus grandes debates metodológicos está a definição de sua autonomia científica e a identificação dos “métodos” comparativos mais eficientes. É de se destacar também a linha “enciclopédica” de grande parte dos estudos e certa concordância de que o papel do comparatista é analisar semelhanças ou diferenças entre normas, institutos e sistemas jurídicos.

A mesma linha de debate persiste até hoje e foi aprimorada com alguns fenômenos internacionais, tais como a consolidação de estruturas políticas de âmbito internacional (ONU, OMC, OEA, OCDE, OIT, UNESCO) e a emergência de blocos supranacionais de natureza político-econômica (União Europeia, NAFTA, MERCOSUL). Em matéria de Direito Comparado, o principal debate teórico atual está nos Estados Unidos e no seu dilema interno de ser tradicionalmente país exportador de institutos e influência jurídica, mas se fechar para a importação de discussões e modelos.

A função do Direito Comparado acaba sendo instrumental, muitas vezes na aproximação legislativa entre países na ordem internacional (processo de unificação, ou ao

⁹ Inúmeros são os exemplos do desrespeito ao esforço de redução de danos ambientais, inclusive quanto à emissão de poluentes, por países como a China e EUA.

¹⁰ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La lucha contra las inmunidades del poder**. Madrid, Civitas 93ª. Ed Reimpression 2016, p. 97 e 98, quando bem destaca: “al concluir esta análisis hemos de expresar nuestra esperanza em que la lucha por el derecho, esa gran empresa de todos lo juristas, ... vai a ser personalmente convocados, concluya, portanto, esa ambiciosa, alta, pero necessária cota de todo estado de derecho que es la de instrumentarse como um Estado de justicia, pero entendiendo esta palabra no em cualquier sentido impreciso o retóric, sino precisamente como justicia judicial plenária”.

menos de aproximação) de maneira a viabilizar negócios e negociações em ambiente supranacional.

A escolha da linha metodológica não constitui opção trivial dentro da tarefa do cientista. Ao contrário, já se tem a noção na comunidade acadêmica de que a metodologia a ser empregada, muito além de somente dar direção e prever uma sequência de procedimentos a serem adotados, revela claramente uma postura político-ideológica do pesquisador em relação ao seu tema¹¹. A metodologia já é uma das facetas do trabalho, pois apresenta as pré-compreensões do cientista, a preconcepção a ser colocada à prova durante o trabalho.

Essa “opção” metodológica, muito longe de representar uma liberdade do pesquisador diante de seu tema, convola-se em uma exposição, um retrato de seus pré-conceitos e, portanto, denuncia, de forma muito salutar para a ciência, a sua visão de mundo. É a partir dessa “escolha” que se definirão as técnicas a serem utilizadas, as fases da pesquisa, o tipo de abordagem e o tipo de fonte a ser utilizado. Assim, a “opção” metodológica é aqui vista como etapa de autoconhecimento e autolimitação do horizonte temático a ser estudado¹².

Nessa sequência, adota-se o modelo tripartite de construção metodológica sugerido por Gustin e Dias que identifica três vertentes da pesquisa jurídica: a jurídico-dogmática, a jurídico-sociológica ou empírica e a jurídico-teórica¹³.

Assume-se, como predominante, a vertente jurídico-teórica, na medida em que o objetivo será o de amadurecer e aprofundar os problemas jurídicos, políticos, filosóficos, conceituais e teóricos em torno da questão da importação de direitos estrangeiros, a partir da perspectiva pragmatista, examinando criticamente os limites, acertos e desacertos desse modelo de interpretação jurídica para o direito constitucional nacional especialmente no que tange aos direitos fundamentais.

O problema da comparação será aprofundado a partir da crítica pragmatista à busca de um modelo de “verdade” jurídica, representada, na presente proposta, pelos modelos importados de pensamento jurídico e decisão. Tentar-se-á compreender os limites e as possibilidades desse exame de Direito Comparado e, por consequência, melhor entender nosso próprio sistema e as circunstâncias sociais, históricas e culturais que o formaram.

¹¹ GUSTIN, Maracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 42; LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 339.

¹² É o comportamento "normativo" da metodologia de que falava LARENZ, Op. cit, p. 340.

¹³ Op Cit. p. 42.

Sob o ponto de vista da concretização da linha metodológica, a abordagem que se pretende passará por um estudo histórico, propositivo e, principalmente, comparativo, sempre considerando que a intenção é a fuga de qualquer análise meramente jurídica ou dogmática. Não se quer, por ser impossível, desenvolver um “método” de aplicação do direito comparado a realidades periféricas. A ideia do trabalho é analisar, de forma crítica, a maneira como o direito comparado é tratado no Brasil e de que modo essa utilização desvirtuada, superficial e deslumbrada pode acarretar perda de cientificidade e de adequação do discurso no Brasil.

Esse objeto partirá, em termos de filosofia do direito, da perspectiva de uma crítica ao próprio discurso de racionalidade do direito, da herança iluminista na descrição dos problemas jurídicos e da busca de um modelo “objetivante” (mesmo que excludente) de tratamento dos direitos fundamentais. Como pano de fundo, será incorporada ao discurso crítico a dimensão anti-representacionista, relativista e contingencial do neopragmatismo americano.

1.2.O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A dificuldade de se apontar o estado da arte do pensamento constitucional brasileiro se relaciona à falta de trabalhos, em maior monta, que examinem essa história.

Tradicionalmente, faz-se mais história constitucional (sequência cronológica dos momentos constitucionais e características das Constituições brasileiras) e, de maneira menos frequente se realizam os trabalhos sobre evolução do pensamento político-constitucional.¹⁴

Se o significado *constitucional* é uma apreensão de sentido que se faz social e historicamente; se a interpretação da Constituição é uma atividade aberta e democrática; se não existe norma constitucional, mas norma constitucional interpretada; é de se surpreender que, no Brasil, não se tenha tradição de criticamente repassar o pensamento constitucional nacional.

Aliás, o papel da doutrina é decisivo na fixação do conteúdo constitucional e do próprio jogo político que também determina aquele conteúdo, embora não se possa olvidar o fenômeno mais recente e crescente da “judicialização do direito”, ou, em outras palavras, do crescimento da jurisprudência como fonte do direito no Brasil, mormente a partir do surgimento das *decisões judiciais vinculantes sobretudo do Supremo Tribunal Federal*¹⁵ e em menor monta

¹⁴ Relevante acerca desse tema a obra coordenada por BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo com o título **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas – 2012.

¹⁵ O STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa: O Plenário concluiu nesta quinta-feira (13) o julgamento das ações que tratam da matéria e decidiu que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram na tipificação da Lei do Racismo. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que houve omissão inconstitucional do

do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral. O STF chegou a, na prática, criar tipo penal, sob o fundamento de existir omissão legislativa.

Soma-se a essa omissão fato curioso: a história política brasileira foi determinada por uma sequência de Constituições nominais ou semânticas, o que acabou sendo decisivo para o aparecimento de duas linhas principais de abordagem interpretativa: a) o estudo dos fenômenos jurídico-constitucionais a partir de um enfoque positivista ou formal, reduzindo o “mundo da vida” a uma interpretação meramente jurídica; e b) a utilização de “questões políticas” como eixo fundamental de interpretação constitucional.

A eficácia e legitimidade constitucional nunca foram avaliadas antes de 1988 como critério de exame dos momentos constitucionais específicos e, por isso, os direitos fundamentais nunca haviam sido vistos como importantes instrumentos de interpretação e compreensão da Constituição, ao menos com a ênfase dada pela Carta vigente.

A abordagem interpretativa sempre teve tom formalista e abstrato e apenas havia profundidade na interpretação das questões de natureza política. Também cabe destacar a constante vinculação doutrinária às escolas estrangeiras, o que foi determinante na criação de nossas próprias instituições. Em certa medida, a história constitucional brasileira pode ser contada a partir das influências internalizadas de outros sistemas e o “estrangeirismo” torna-se, a partir de 1891, instrumento natural de interpretação da Constituição.

O Direito Comparado sempre acompanhou a história constitucional brasileira, a formação de nossos institutos políticos e o próprio pensamento constitucional de nossos juristas. Sua influência sempre foi bem-vinda diante da suposta aridez de nossa própria experiência constitucional, de sua instabilidade e de sua imaturidade. De certa forma, o Direito alienígena

Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, foi concluído na tarde desta quinta-feira (13). Por maioria, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria. Nesse ponto, ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo. O ministro Marco Aurélio não reconhecia a mora. (<https://portal.stf.jus.br/noticias/>) Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,de%20homofobia%20e%20de%20transfobia>. Acesso em: 19 JUN 2023.

apresentou, já no Império, uma espécie de porto seguro diante de nossa recém conquistada independência e um *atalho* – muito embora ilusório – que nos levaria automaticamente à mesma fase de desenvolvimento jurídico, político e constitucional dos países europeus.

Aos poucos, essa tradição acabou por se tornar efetivamente cultural e até critério de aferição de qualidade das opiniões externadas. Direito Comparado, no Brasil, desde cedo, foi elemento excludente e “elitizante” de postura doutrinária no Brasil.

A Constituição de 1988 trouxe um novo tom às questões constitucionais. Os direitos fundamentais foram elevados a eixo fundamental da interpretação constitucional e da realização das propostas e programas da Constituição. A interpretação da Constituição passa a ter que levar em conta também ideias como redução das desigualdades, proteção do cidadão contra o Poder Público e princípios como a proteção da dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a tolerância, a legitimidade constitucional e a Democracia. Com essa mudança de postura, a Constituição de 1988 passa a exigir formação teórica sólida em direitos fundamentais como pressuposto de sua aplicação adequada.

O excesso da visão positivista e a falta de uma doutrina profunda não-kantiana de tratamento dos direitos fundamentais foram elementos decisivos para gerar a reação no sentido da exagerada utilização do pensamento estrangeiro no entendimento e compreensão da Constituição de 1988. O fenômeno foi catalisado pela noção bem aceita e defendida do conhecimento da experiência alienígena e pelo momento mundial presente que preza pela uniformidade no tratamento de certas questões jurídicas e pela identidade de uma cultura jurídica ocidental. Importante destacar que a Constituição de 1988 apresentou-se como uma Carta de muitos compromissos¹⁶

A sensação de conforto teórico gerou uma desestabilização do foco da interpretação constitucional; uma perda gradativa de identidade constitucional; um distanciamento entre teoria e prática jurisprudencial; falta de controle teórico e fiscalização social dos abusos de uma classe de sobreintegrados; e um processo contínuo de desprendimento da Constituição de 1988 com os problemas sociais, econômicos e políticos brasileiros.

A autonomia cultural de comunidades não pertencentes a um “eixo” oficial de países, nações periféricas que não detêm poder político ou econômico, foi reduzida drasticamente em virtude dessa invasão jurídico-cultural estrangeira.

¹⁶ No mesmo sentido da constituição portuguesa de 1976, ainda hoje vigente. “um vasto complexo compromisso entre as várias forças políticas” (p.44) que “ampliou bastante o espaço constitucional” (p.53) – CANOTILHO, JJ Gomes e MOREIRA, Vital. **CRP Constituição da República Portuguesa, Anotada**, vol. I, arts. 1º a 107, 4ª. Ed portuguesa e 1ª brasileira. Coimbra editora. Editora RT: Coimbra 2007.

Perceber a importância da dimensão irradiadora do Direito Constitucional vai além da simples vontade de atuar de acordo com a correta interpretação e aplicação do Direito no caso concreto. Está-se diante de um confronto intenso, nunca antes visto, na medida em que a atuação da Corte Constitucional brasileira hoje representa não somente o adequado condicionamento das condutas internas e da forma como os operadores do Direito deverão se portar perante os inúmeros conflitos de possibilidades jurídicas válidas, mas sobretudo, hodiernamente, o agir constitucional significa para além o ponto de contato entre o Direito nacional e o Direito estrangeiro. Se por um lado referida atuação da Corte máxima pode ser esclarecedora, emancipatória, crítica e auxiliar na autocompreensão das normas e dos procedimentos a serem seguidos, por outro lado, respirar o Direito estrangeiro para tão-somente replicá-lo internamente pode significar também instrumento de acomodação, de invasão cultural, de desvinculação teórica da prática e de deslumbramento cego, de metafísica vazia de conteúdo.

De outra maneira, também ganhou força e dimensão de transcendentalidade o uso da prática constitucional estrangeira como *topoi* decisivo de orientação interpretativa do trabalho da jurisdição constitucional no Brasil. Basta um breve olhar panorâmico nas mais importantes decisões do Supremo Tribunal Federal nos últimos 20 anos para se notar o impacto inegável da citação de um ou dois autores estrangeiros, bem como o poder persuasivo do relato de um ou dois casos colhidos da prática de julgamento de algum Tribunal Constitucional ou Suprema Corte no mundo.

Nessa linha, não há dúvida de que nossa doutrina constitucional e nossa prática jurisprudencial se desenvolvem com o objetivo de encontrar, por meio de importações de modelos, especialmente norte-americanos e alemães, padrões novos de “verdade”, de “justiça”, de “correção”, de “constitucionalidade”. Esses padrões já seriam conhecidos de outras práticas jurídicas, cabendo à nossa academia compreender e identificar melhor as premissas desses modelos e aplicá-las aos nossos casos. O estudo adequado e contextualizado das decisões proferidas pelas principais Cortes Constitucionais das democracias ocidentais e do STF torna-se imperioso para que a academia e os operadores do direito consigam efetivamente entender dentro de quais pressupostos tais compreensões foram fundamentadas e, desta forma, conseguirem fazer as adaptações e ponderações necessárias quanto à utilização de forma crítica e efetiva para a construção do nosso modelo de jurisdição constitucional e de implementação de direitos fundamentais.

Não se pode olvidar, de outra banda, aspecto destacado com precisão por Richard A. Posner, quando observa da existência, nos dias de hoje, de situações em que a doutrina e a academia trilham por sendas que não são coincidentes com aquelas de efetiva concreção do Direito, firmadas pelo Poder Judiciário¹⁷.

Parte-se, para a formulação da hipótese, de dois “estados da arte”: a) o Direito Comparado, na perspectiva metodológica, se destaca por ter uma visão formal, informativa, jurídico-legislativa e com base na ideia da unificação e universalização; b) o Direito Constitucional brasileiro apresentou um momento de ruptura e “desacoplamento” entre teoria e prática e não soube direcionar a mudança de uma visão positivista para uma visão cultural-democrática da Constituição de 1988.

O encontro das duas perspectivas está no fato de o Direito Comparado ter sido assimilado como forma de se completar a defasagem teórica do debate constitucional brasileiro pós 88. Essa assimilação, entretanto, ocorreu com dois pressupostos do estudo comparado, ou seja, a necessidade de construção de um direito mundial e a tendência de unificação.

A hipótese do trabalho, portanto, toma como premissa a ideia de que essa incorporação do Direito Constitucional Comparado no Direito Brasileiro após 1988 forçou a assimilação de um padrão metafísico-jurídico de tratamento dos direitos fundamentais no país, e, fazendo assim, inibiu o nascimento de uma doutrina constitucional contingente que discuta problemas reais brasileiros, produziu distanciamento entre teoria e prática e entre “juristas profissionais” e cidadãos, forçou a perda de efetividade das normas constitucionais por meio do discurso simbólico e universalista e deslocou os esforços da doutrina nacional para a solução de problemas acadêmicos transcendentais estrangeiros.

O Direito Constitucional Comparado, pela essencialidade que acabou ganhando em nossos debates, sufoca a possibilidade de a Constituição de 1988 ser compreendida a partir de premissas pragmatistas, com o equacionamento de aspectos sociais e econômicos, que evitem uma visão teológica ou kantiana excludente das histórias tristes e comoventes de sofrimento.

Para uma melhor identificação da questão a ser tratada na pesquisa, o trabalho examina o discurso dos direitos fundamentais após a Constituição de 1988 e, portanto, esse

¹⁷ POSNER, Richard A. **Divergent paths. The Academy and the Judiciary.** Cambridge / London – Harvard University press, 2016, quando coloca as seguintes indagações como hipótese de trabalho em sua relevante obra: “*Most judges evaluate cases in a holistic, intuitive manner, reaching a tentative conclusion that they then subject to technical legal analysis. but do judges realize that this is what they're doing? Do law professor realize that that's what judges are doing? Do the professor try to make their students understand how judges decide cases?*” “[p.02]

modelo discursivo importado do direito estrangeiro, especificamente a partir da análise de dois julgados pelo Supremo Tribunal Federal – o HC 82.424 e a ADPF 186. Em ambos os casos, faz-se a análise do tema racial. Para tanto, faz-se necessário um substrato filosófico refratário da herança continental iluminista (base de nosso padrão discursivo de direitos fundamentais), que valorizasse a experiência, a contingência, os contextos locais, o relativismo, a Democracia e a diferenças culturais em desprestígio dos princípios gerais, do universalismo, do fundacionismo, do representacionismo, da filosofia pura e das uniformizações. Para tanto, a crítica à “teologia da razão” deve oferecer novos conteúdos e novos critérios de tratamento para os nossos problemas centrais (problemas que também têm natureza político-jurídica), critérios esses alternativos à própria racionalidade técnica.

Além da crítica elegante aos esquemas e modelos de “verdade”, a filosofia neopragmatista propõe outros elementos a serem considerados na discussão e na solução de problemas que não a razão: sentimentalidade, solidariedade, o reconhecimento prospectivo da dor física, da humilhação e do sofrimento do outro e a comoção com histórias tristes. Trata-se de um modelo tão inovador e fora de nosso padrão de debates que, com dificuldades, é reconhecido e considerado, especialmente em se tratando de filosofia americana. Assim, a crítica da importação de modelos estrangeiros seguirá a linha da crítica neopragmatista aos modelos universalistas de viés kantiano. O aspecto excludente do discurso técnico-hermético dos direitos fundamentais praticado pela nossa doutrina e pela nossa jurisdição constitucional será enfrentado com a crítica áspera pragmatista contra os “filósofos profissionais” que exaltam a filosofia pura em detrimento da Democracia. Também no Direito, o discurso que se critica forma “operadores profissionais do Direito”, como se a “ciência do Direito” fosse mais importante do que os direitos humanos em si. A abstração do modelo interpretativo dos direitos fundamentais será enfocada em paralelo com a pureza do modelo filosófico platônico. As pretensões universalistas que estão na base da importação de modelos jurídicos de compreensão dos direitos fundamentais será combatida sob o panorama do relativismo, da diferença cultural e da contingência dos problemas político-jurídicos.

Finalmente, a crítica ao modelo da “linguagem dos direitos” baseada em um “escolasticismo decadente” sempre foi retrucada com o argumento de que inexistia um modelo prático de resolução de problemas que pudesse substituir o binômio “proporcionalidade-concordância prática”. Antecipando-se a essa crítica da crítica, como fecho do trabalho, a pesquisa pretenderá estudar dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal de maneira a

marcar com clareza a diferença de um tratamento “alexiano” de um problema de direitos fundamentais para um tratamento “pragmatista”.

No presente trabalho, o problema da comparação será aprofundado a partir da crítica à busca de um modelo de “verdade” jurídica, representada, na presente proposta, pelos modelos importados de pensamento jurídico e decisão. Tentar-se-á compreender os limites e as possibilidades desse exame de Direito Comparado e, por consequência, melhor entender nosso próprio sistema e as circunstâncias sociais, históricas e culturais que o formaram. Como dito, o tema ainda não mereceu enfoque doutrinário específico no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988, o que trouxe, ao longo de vários anos, um absurdo déficit metodológico do próprio estudo do Direito Constitucional no Brasil.

Diante desse panorama, a pesquisa terá que se distanciar de modelos estanques e superficiais de estudo do Direito Comparado. É propósito do trabalho tratar do uso do Direito Comparado de forma mais englobante e a partir de um exame minucioso da própria modernidade periférica e de fatores institucionais e históricos estrangeiros que formaram as posições jurídicas que hoje se observam.

O Direito Constitucional comparado positivo, de índole limitadamente dogmática e judicial, não traz qualquer benefício e é, sob o ponto de vista científico, instrumento indiferente para uma hermenêutica apropriada do Direito e da sociedade.

Sob o ponto de vista da concretização da linha metodológica, a abordagem que se pretende passará por um estudo histórico, propositivo e, principalmente, comparativo, sempre considerando que a intenção é a fuga de qualquer análise meramente jurídica ou dogmática. Não se quer, por ser impossível, desenvolver um “método” de aplicação do Direito Comparado a realidades periféricas. A ideia do trabalho é analisar, de forma crítica, a maneira como o Direito Comparado é tratado no Brasil e de que modo essa utilização desvirtuada, superficial e deslumbrada acarreta perdas de cientificidade e adequação do discurso.

Esse objeto partirá, em termos de filosofia do direito, da perspectiva de uma crítica ao próprio discurso de racionalidade do direito, da herança iluminista na descrição dos problemas jurídicos e da busca de um modelo “objetivante” (mesmo que excludente) de tratamento dos direitos fundamentais. Como pano de fundo, será incorporada ao discurso crítico a dimensão “antirrepresentacionista”, relativista e contingencial do neopragmatismo americano.

Parte II — A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1 A HERANÇA DO BACHARELISMO JURÍDICO NO BRASIL

A redemocratização do País, com seu símbolo máximo espelhado na Constituição de 1988, apresentou novos rumos para o desenvolvimento do pensamento jurídico e constitucional no Brasil. A história constitucional brasileira, apesar de sua riqueza ainda inexplorada, parece ter se pautado, desde o texto constitucional de 1824, em um eixo bastante estável: o fato de que o discurso jurídico frequentemente não tenha se colocado como um real protagonista no andar dos acontecimentos institucionais.

Nota exemplar a demonstrar essa distância entre o “jurídico” e o “político” no Brasil é o fato de momentos políticos fundamentais, que ajudaram a moldar o entendimento do conteúdo da Constituição de 1824, não terem sido sequer citados por renomados comentaristas daquela Carta. Assim, as revoluções do período regencial — a Cabanagem, no Pará (1835-1840); a Sabinada, na Bahia (1837-1838); a Balaiada, no Maranhão (1838-1841); a Praieira, em Pernambuco (1848-1850); e a Guerra Farroupilha (1835-1845), por exemplo —, embora em sua maioria vinculadas aos interesses oligárquicos locais (e não a algum tipo de expansão dos direitos humanos), não são ao menos citadas nas famosas obras de Pimenta Bueno (*Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, 1857), Joaquim Rodrigues de Souza (*Análise e comentário da Constituição política do Império do Brasil ou Teoria e prática do Governo Constitucional Brasileiro*, 1867) e Sá e Benevides (*Análise da Constituição política do Império do Brasil*, 1890). Em relação a Pimenta Bueno (o marquês de São Vicente), destaque-se os fatos de sua obra fundamental ter sido escrita em 1857 (portanto, após o acontecimento dos citados eventos) e de ele ter ocupado importantes posições políticas no Império, tais como deputado, senador, presidente das províncias do Rio Grande do Sul e de Mato Grosso, ministro da Justiça e ainda presidente do Conselho de Ministros durante o Gabinete de 29/09/1870. Portanto, a diferença entre sua “vida política” e sua “vida jurídica” é representativa da maneira como nos acostumamos a ver esses fenômenos.

Esse padrão de raciocínio jurídico “neutro” e “impessoal” repete-se nos comentários e nos estudos constitucionais relacionados a todas as Constituições brasileiras. Aliás, Seabra Fagundes, ao elaborar o prefácio da publicação da obra em comemoração ao centenário, escreve que Pimenta Bueno “consagrou o estudo sistemático do Direito Público Constitucional do Império” e se credenciava “pela fidelidade ao sentido impessoal e superior da ordem jurídica”, mostrando que a “ideologia” do Direito superior e neutro ainda existia cem anos depois da publicação de *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império*.

Tobias Barreto, talvez o primeiro grande crítico da pureza do discurso constitucional, publicara em 1871 um ácido texto questionando a qualidade jurídica da obra de Pimenta Bueno, livro que chama de “armazém jurídico” e o qualifica de “obra fria, que tem ao mesmo tempo a dureza própria das compilações e a insipidez de uma ciência escolástica”¹⁸. De fato, o fenômeno de um “cientificismo” observado desde o nosso período imperial como catapulta de prestígio social construiu uma vala que impossibilitou um uso “estratégico” e pragmático do Direito no Brasil, servindo apenas como eixo de produção de um conhecimento rasteiro, teórico, pouco prático, enfim, um espaço típico do exercício exclusivo da erudição e do comparatismo. Fruto dessa herança, a estrutura política do País, alimentada pelas relações nem sempre paritárias entre grupos ideológicos de pressão, formou-se ao longo de um processo lento, construído à margem dos limites que o raciocínio jurídico poderia impor. Nessa linha, basta uma análise, mesmo que superficial, das obras jurídicas de importantes políticos brasileiros. Tobias Barreto, em relação ao famoso livro de Pimenta Bueno, já questionava, em 1871, o trecho no qual o marquês de São Vicente explicava a “razão brasileira, esclarecida pela experiência dos povos” da forma monárquica constitucional de governo e afirmava:

Já tenho combatido esta supina tolice, que pretende justificar a nossa forma de governo, invocando a experiência dos povos, como apoio de uma instituição, cujas primeiras tentativas foram feitas, no começo do século, para uso das nações modernas, com exceção da Inglaterra; e o Brasil entrou no ensaio. [...] qual foi, portanto, esse plural de povos, cuja experiência pôde esclarecer a razão brasileira para adotar o governo que tem?

Em outras palavras, os momentos constitucionais brasileiros se colocaram diante de todos e das instituições como mecanismos de soluções de problemas casuísticos, nem sempre preocupados em externar algum tipo de discurso coerente ou que fizesse sentido diante de algum modelo jurídico transcendental¹⁹.

O “homem político” — e as correntes ideológicas que representava — parece ter moldado a sucessão constitucional do País, dando cada vez menos importância a ideais abstratos e importados, pouco práticos, encampados pelo “homem jurídico”. Destaque-se o pitoresco caso da nossa “República”. Ao contrário do que enaltecido por nossa doutrina constitucional,

¹⁸ BARRETO, Tobias. Direito público brasileiro. In: **A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros**. Petrópolis, RJ: Vozes; Instituto Nacional do Livro, 1977, p. 156.

¹⁹ Revelador para os brasileiros que o Conselho de Estado, na sua primeira reunião, em 2 de junho de 1822, exigiu a convocação de uma Assembleia Geral Constituinte e o fez com a seguinte passagem: "Senhor, este é o momento em que se decide a felicidade ou a ruína do Brasil... Leis europeias podem trazer a felicidade para europeus, mas, de maneira alguma, pode ser aplicada aos brasileiros".

a Proclamação da República configurou-se muito mais como uma nova acomodação institucional de posições políticas que não encontravam mais anteparo no regime monárquico do que propriamente algum momento de inspiração democrática ou humanística. Assim, é interessante perceber que o novo regime, propagado como a vitória do povo, da democracia e do respeito aos direitos do homem, foi instaurado a partir de uma parada militar, assim observado pelos “bestializados”, na expressão precisa de Aristides Lobo e desenvolvida por Murilo de Carvalho, como capítulo final da erupção de três “questões” centrais: a sucessória, a religiosa e a militar. Outro notável exemplo da forma como pensa o “homem jurídico” em contraposição ao “homem político” está na fala do deputado Nestor Duarte (UDN/BA) durante a Constituinte de 1945/1946. Em um momento de retomada do caminho da Democracia, o que menos se precisava era de “genialidades” ou apegos a princípios gerais²⁰:

Não se espera, pois, da Assembleia Constituinte deste ano histórico senão que se vote ou se dedique a restabelecer o regime democrático do Brasil, nem se há de exigir dos constituintes de 46 o inesperado da novidade, o ineditismo do Direito novo. Uma Constituição, porém, sr. presidente, não é só obra de princípios gerais de Direito, desse universalismo a que tende toda obra jurídica apreciada acima do tempo. É o Direito Constitucional o mais nacional de todos os ramos do Direito, o que mais se regionaliza, conforme a experiência e a história de cada povo.

Não são raros os estudos que tentam, nessa linha, identificar, apesar dessa separação entre a prática e as discussões abstratas, a formação de uma “teoria constitucional” no Brasil ou, ao menos, de um pensamento constitucional, mesmo que isso não signifique agregar preocupações práticas ao contexto das experiências políticas. Nelson Saldanha, por exemplo, dedica-se a esse desiderato ao tentar estabelecer uma semente liberal no discurso do Direito Constitucional brasileiro. Entretanto, para o próprio autor, a evolução da teoria não acompanhou o plano da experiência²¹:

Verdade seja que a quase todos os estudiosos parece melancólico reconhecer que, na experiência nacional, as fases de autoritarismo e de predomínio do poder pessoal têm sido mais duradouras (ou mais marcantes) do que as de normalidade constitucional. No plano teórico, porém, onde vale o mérito da correção conceitual e do vigor especulativo, os progressos são patentes.

²⁰ BRASÍLIA. Senado Federal. **Doutrina da Constituição Brasileira: Constituição de 1946**. NOGUEIRA, Otaviano (Org.). Brasília: Conselho Editorial, tomo I, 2006, p. 90.

²¹ SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 227.

De qualquer sorte, parece ter havido descompasso entre a “ciência” praticada pelos juristas e as opções institucionais levadas a cabo na sucessão dos eventos políticos, “os ciclos da instabilidade institucional”²².

Sem diálogo, sem discussão pragmática, sem intercâmbio entre as preocupações dos dois mundos (político e jurídico), o político se expandiu e seu tom extremamente estratégico e utilitarista foi também o tom da nossa história constitucional. Enquanto isso, o jurídico, aos poucos, foi se conformando, tentando não se imiscuir, tentando manter a pureza de um discurso transcendente, tentando manter vivos os ideais kantianos do iluminismo, da busca pela “razão ideal”, pela justiça e pela verdade. Em outras palavras, razões de ordem prática, mesmo que circunstanciais, nunca foram levadas a sério no discurso da ciência do Direito e, ao contrário, sempre foram consideradas concessões inaceitáveis da política à realidade. Apenas as razões que tivessem algum fundamento transcendente e existência atemporal poderiam servir como pautas legítimas de discussões em torno de direitos e para o estabelecimento de modelos de estudo das relações políticas.

Há muita discussão, dentre aqueles que projetam um olhar diferenciado na história do Brasil, em busca de quais teriam sido os motivos para isso. Não há dúvida, entretanto, de que a situação descrita também é o resultado da convergência de elementos presentes na nossa própria história jurídico-constitucional. Um desses fatores protagonistas estaria localizado temporalmente no Brasil imperial, naquilo chamado por Tobias Barreto²³ de “bacharelismo”, que pode significar um conjunto de sentidos a depender do olhar e do ângulo adotados para se enxergar. Por isso, dentro de um contexto amplo, o termo não precisa ter necessariamente um sentido negativo. Contudo, toma-se aqui o sentido mais tradicional da palavra, a significar “o gosto excessivo pelo beletismo político, pela retórica — a palavra, o discurso, a metáfora são dotados de significação mais importante que os fatos, o conhecimento científico ou econômico” ou “o gosto excessivo pela retórica”²⁴.

Hoje, existe uma ampla produção, especialmente dos historiadores, acerca do fenômeno do “bacharelismo”, aquilo que o Visconde do Uruguai²⁵ chamou de “a chaga do funcionalismo” em seu famoso livro de 1862. Joaquim Nabuco sentenciou, em seu *O*

²² CHACON, Vamireh. **Vida e morte das constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 7.

²³ BARRETO, Tobias. A questão do poder moderador. In: **A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros**. Petrópolis, RJ: Vozes; Instituto Nacional do Livro, p. 289.

²⁴ PAULO FILHO, Pedro. **O bacharelismo brasileiro: da colônia à República**. Campinas: Editora Bookseller, 1997, p. 13.

²⁵ URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Reimpressão fac-símile. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Série Arquivos do Ministério da Justiça.), p. 358.

Abolicionismo, ao afirmar que a burocracia era “vocação de todos” no Império; e Sérgio Buarque de Holanda classificou como a “praga do bacharelismo”. A necessidade de criação e ampliação de uma burocracia administrativa e de uma estrutura política livre da influência da “ideologia” da Universidade de Coimbra determinou a criação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil (São Paulo e Olinda), por meio da Carta de Lei nº 11, de agosto de 1827. A intenção, portanto, com a criação dos primeiros cursos, esteve mais ligada a um projeto de ascensão social e político por meio da participação em redes promíscuas de aproximação e influência cuja chave de ingresso era a formação superior. Faoro²⁶, ao relatar a relação de simbiose entre os bacharéis e a burocracia imperial, destaca que os letrados “[...] não são flores de estufa de uma vontade extravagante, mas as plantas que a paisagem requer, atestando, pelo prestígio que lhes prodigaliza, sua adequação ao tempo”.

A formação universitária não estaria ligada a pretensões pessoais ou a interesses científicos ou acadêmicos. Uma vez formado, o bacharel em Direito ou o magistrado²⁷ era, muitas vezes, cooptado pela estrutura administrativo-política e não mais se sentia em débito com a instituição de ensino, com a busca acadêmica pelo conhecimento ou com a possibilidade de ensaiar críticas úteis ao sistema. José Murilo de Carvalho, por meio da prosopografia, observa que, na estratégia da ocupação, a classe de magistrados e advogados ocupava, especialmente ao final do período imperial, a parcela majoritária dos ministros, senadores e deputados do governo, de 1822 a 1889²⁸.

Vários brasileiros ilustres seguiram essa toada de serem bacharéis com conhecimento técnico refinado e abstrato e também exerceram altos cargos durante o Império, sem que se possa apontar uma ligação mais clara entre o “jurista” e o “político”, como, por exemplo, Pimenta Bueno (marquês de São Vicente), Paulino José Soares (visconde do Uruguai), Cândido Mendes de Almeida, Lafayette Rodrigues Pereira (o famoso conselheiro Lafayette) e Zacarias de Góis e Vasconcelos. Tobias Barreto talvez pudesse ser apontado como exceção, na medida em que teve atuação política e, por meio de seus estudos e escritos, desenvolveu crítica mais incisiva a eventos e características de seu tempo.

A regra também seria aplicada ao número cada vez maior de bacharéis que viam no funcionalismo a perspectiva para uma vida futura em ascensão. A renovação da pseudo-autoridade e a confirmação de que o bacharel era parte do “pequeno comitê”, no qual rede de

²⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 446.

²⁷ CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 102.

²⁸ FAORO, Raymundo. Op. cit. p. 440.

poder, favorecimento pessoal e confusão entre público e privado eram a tônica, reafirmavam-se pela reprodução de um conhecimento superficial, comparatístico e enciclopédico, por meio de uma linguagem prolixa, antiquada e retórica. Além da ligação com a burocracia e com o emprego público, o fascínio pelo “brilho dos bacharéis”, conforme ensinou Gilberto Freyre²⁹, é também a herança da imagem do jesuíta.

O gosto pelo diploma de bacharel, pelo título de mestre, criou no [o jovem brasileiro no início do Império] bem cedo os jesuítas no rapaz brasileiro. No século XVI já o brasileiro se deliciava em estudar retórica e latim para receber o título de bacharel ou de mestre em artes. Já a beca dava uma nobreza toda especial ao adolescente pálido que saía dos “pátios” dos jesuítas.

Era um “Direito” cujo conteúdo não teria utilidade (a não ser a ostentação do diploma superior): essa parecia ser a mentalidade que povoava e se diluía no inconsciente da população no Brasil dos primeiros anos e que, assim, em larga medida, desde o período imperial, fechava-se nos restritos confins do espaço universitário, herança da noção de que seu conteúdo é inútil ou impertinente como material de participação política. Seus cientistas se deleitaram com o deslumbramento do mundo colorido que descobriam em um diálogo interno árido, sem eficácia, superficial, mas, ao mesmo tempo, um discurso elegante, belo, que, de alguma forma, aproximava essa produção acadêmica à dos tempos de Platão, Santo Agostinho, Hobbes e Rousseau³⁰.

Nesse interregno, o mundo girava, as batalhas ideológicas tomavam forma no palco da política e, assim, as instituições no Brasil eram fundadas, ascendiam, decaíam e eram extintas. Direitos eram reconhecidos, não por conta de preocupações humanistas ou humanitárias, mas como resultado de posturas simbólicas ou conquistas de espaço a partir de lutas travadas majoritariamente em locais frequentados por poucas pessoas. Esses mesmos direitos que vagavam ao sabor dos discursos casuísticos, desapareciam também ao demonstrar que o seu reconhecimento anterior não havia sido fruto de uma base sólida de índole democrática. Sempre se praticou, no Brasil, do ponto de vista político, um “casuísmo” chulo e rasteiro, associado ao clientelismo e à regra da troca de favores.

No mesmo sentido, caminhavam ideias consideradas fundamentais em nosso sistema político. “Federalismo” servia como discurso que ofuscava o centralismo estatal e era manipulado à mercê das formulações vindas de Montesquieu e praticadas nas principais

²⁹ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano**. 12. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 104.

³⁰ CASTRO, Marcus Faro de. **Política e relações internacionais**. Brasília: Editora UnB, 2005. (Coleção Relações Internacionais), p. 31.

democracias do mundo. Em lugar de tentar entender a dinâmica própria de um sistema que se pauta em uma separação de poderes, com destaque ao Poder Executivo, juristas puristas insistem em realizar críticas transcendentais pautadas em modelos teóricos e em paradigmas alienígenas.

Poucos são os trabalhos, por exemplo, que tentam identificar as consequências para o modelo atual da prática, ainda no período imperial, do Poder Moderador, talvez o grande tema “jurídico” da época. O sentido simbólico do termo foi confirmado recentemente quando o ministro Nelson Jobim³¹, em entrevista concedida a *O Globo*, reconheceu que o art. 2º da Constituição de 1988 não havia sido votado, mas incluído na redação final da Carta.

Os pontos de contato entre Direito e momentos constitucionais limitavam-se à propositura de interpretações positivistas dos textos de Constituição, a retirar como que conclusões estritamente jurídicas de enunciados que haviam sido escritos dentro de ferozes espaços de luta política.

Em outras palavras, a vontade de neutralidade e a exacerbada importância dada aos estudos teóricos do Direito afastaram o jurista e seu campo de trabalho das experiências — portanto, da prática — do campo da filosofia política.

O Direito — enquanto “a” grande ciência — e o “jurista” — na posição de um profissional especial —, aos poucos, foram se extirpando da vida real e da dinâmica institucional brasileira. Se o mundo não era capaz de caber nos modelos limitados e ilusórios do Direito, não houve dúvida de que o jurista preferiria ficar do lado de seus modelos.

A omissão dos juristas e do Direito, compreendido dentro desses limites, incrementou um “fluir” da política que sempre se pautou nas demandas estratégicas e temporárias de determinados grupos políticos, muito embora vários políticos ostentassem o grau de bacharel em Direito. Tais grupos políticos — partidos políticos em determinada época, oligarquias provinciais em outros períodos, elites regionais, grupos econômicos — desenvolveram, na falta de fiscalização e controle, formas bastante “pragmáticas” de atuação e, na maré da sucessão dos resultados dessas maneiras de atuação política, o Brasil seguiu seu rumo. Sedimentou-se, como não poderia deixar de ser, um caminho bastante perturbado na sequência de Constituições semânticas, posturas populistas e discursos simbólicos. O “Direito” e o “jurista”, enquanto isso, estavam entretidos com outros projetos “acadêmicos”. São raros os exemplos em que há associação entre Direito e Política ainda na fase de formação do jurista. Uma importante medida que tentou alterar esse paradigma foi a Portaria nº 1.886/94,

³¹ JOBIM, Nelson. *O Globo*. “Rio de Janeiro Especial”. 05/10/2003, p. 2.

do Ministério da Educação, que previa a obrigatoriedade de matérias como ciência política no curso de bacharelado em Direito³².

O discurso técnico e hermético do Direito, rico em categorizações, conceitos, definições e noções claras de institutos, no máximo, conseguia descrever a “organização política”, funcionando completamente a reboque da história e da interpretação já fixada pela política acerca dos eventos e acontecimentos institucionais.

Também foi por esse motivo que, ao longo do século XX, até a década de 1970, o Direito Constitucional do “jurista” transformou-se em “Direito Político”, na linha de estudo dos grandes positivistas franceses, como Duguit, Hauriou, Vedel. A perspectiva positivista na formação de novos juristas tem peso relevante nesse processo de “purificação” do campo do Direito, bem como no velho esquema pedagógico de transmissão de conhecimento jurídico nos cursos de Direito, ainda prevalecente em larga medida nos cursos dessa disciplina no Brasil.

O Direito sempre perguntou “em tese” e, por isso, sempre respondeu “em tese”. Gerações e gerações de juristas foram formadas a partir desse enfoque e nossa obra doutrinária competia para saber que autor ou “jurista” conseguiria aglutinar mais informações em um manual ou em um trabalho teórico. Para esse objetivo, valia muito: destrinchar experiências do Direito Comparado, demonstrar erudição, citando textos de documentos políticos estrangeiros, aprofundar e detalhar as obras dos pensadores mais complexos, trazer informações sobre eventos históricos alienígenas, apresentando interpretações nem sempre condizentes com os fatos narrados. Esse é o padrão do “bom jurista”, formatado no modelo kantiano de busca pela “verdade” e pela “justiça”. Ao tentar alcançar as estrelas e chegar à “verdade sublime”, o “jurista” abriu mão de sua postura política, de sua necessária luta no mundo real, de agir como cidadão e brigar na arena pública dos embates ideológicos, nem que, para isso, tivesse que se sujar com ideias diferentes que não tinham a intenção de construir coerências teóricas.

Por isso, poucos foram os juristas brasileiros que conseguiram gravar seus nomes na história institucional brasileira e aqueles que o fizeram apenas conseguiram porque ingressaram no espaço aberto dos embates políticos, deixando as discussões metafísicas de lado.

Em paralelo à divisória que se construiu e se solidificou entre o “espaço político” e o “espaço jurídico” — como se fosse possível esse tipo de separação —, determinadas entidades, cuja razão de existência institucional estava no contato entre a Política e o Direito,

³² FELIX, Loussia P. Musse. A avaliação dos cursos jurídicos como instrumento de consolidação da Portaria n. 1.886/94, de 30 de dezembro de 1994. In: **OAB ensino jurídico: novas diretrizes curriculares**. Brasília: Conselho Federal, p. 101-114, 1996, p. 101.

nunca conseguiram aprofundar debates e tendências e, por isso, nunca foram capazes de se estabilizar no contexto histórico.

O maior exemplo dessa história hesitante está na figura do Supremo Tribunal Federal. Não há dúvida, hoje, de que o Supremo Tribunal Federal se situa no esquema institucional como “pedra de contato” entre o mundo da política e o mundo do Direito. Como deve ser a sua atuação? Como deve ser seu discurso? Qual é, de fato, o seu papel? A incapacidade de responder a essas perguntas e a desorientação nos rumos tomados em cada momento fazem da cronologia do Supremo Tribunal Federal uma linha histórica que parece vacilar entre momentos omissos e de mero coadjuvante do jogo político e momentos como verdadeiro ator político, com fixações jurisprudenciais de competência, dentre outras.

Em alguns momentos, usurpações do espectro de atuação desse Tribunal foram justificadas com base em “princípios gerais” e “postulados de natureza filosófica”. Em 02/04/1941, Francisco Campos, o elaborador técnico da Constituição de 1937, em discurso proferido durante a solenidade de abertura dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal daquele ano, tentava justificar a possibilidade de o Poder Legislativo, por meio do art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937 (e do Poder Executivo, por meio da leitura dos arts. 178 e 180 daquela Constituição), rever determinadas decisões de inconstitucionalidade do tribunal. Ignorando as circunstâncias de um regime de exceção ou de Ditadura que se vivia no Brasil durante o Estado Novo, Francisco Campos adotou um discurso “transcendente” ao tentar demonstrar que o esquema da Constituição de 1937 era lógico, racional e filosoficamente correto. Transcreve-se alguns pontos do discurso³³:

O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la; é o que demonstra a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal e, particularmente, a da Suprema Corte americana. Nos tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o Poder Constituinte. Esta honra, esta autoridade, está a responsabilidade que vos conferiu a Nação. Poder-se-ia alegar, entretanto, a esta altura, que a Constituição de 37 mutilou a plenitude do vosso poder, conferindo ao Poder Legislativo a faculdade de derrogar os vossos julgados na parte em que deixam de aplicar a lei por taxá-la de inconstitucional. Esta faculdade, porém, é conferida em caráter excepcional como demonstram as cautelas de que é rodeado o seu exercício. [...] Tais questões [questões políticas ou difíceis] por serem de caráter mais geral, envolvem riscos maiores. Nada mais natural, portanto, do que atribuir a sua decisão ao governo que assume os riscos e as responsabilidades das consequências e das repercussões. Entre um postulado de natureza filosófica e a guerra civil, seria evidentemente insensato optar pela guerra civil. [...] Creio que é do mais evidente bom senso, em matéria de alta gravidade, confiar a decisão

³³ CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, v. 2, 1956, p. 403-404.

àquele a cuja conta, decidindo ou não, correrão as consequências. Acresce, ainda, que a faculdade em questão é conferida ao Poder Legislativo. Ora, no Poder Legislativo existe sempre o poder constituinte em estado potencial. [...] O malsinado artigo da Constituição apenas tornou expresso o que é implícito no poder constituinte do Parlamento.

Se, por um lado, o Tribunal já esteve diante de questões complexas e de decisões polêmicas, nas quais se sobressaíam as preocupações concretas e a análise de situações práticas, por outro lado, sempre apareceu o seu *superego* — uma espécie de consciência média dos juristas — a tentar atraí-lo para as preocupações de natureza metafísica e abstrata, como se houvesse uma regra transcendental de obrigatoriedade de articular um discurso iluminado do justo e do verdadeiro.

Há uma grande diferença entre decidir questões concretas e decidir teses abstratas. Os pragmatistas vêm se dedicando a demonstrar que a herança da tradição metafísica não conseguiu nos trazer grandes avanços na forma como convivemos em sociedade e nos organizamos politicamente. Há, entretanto, uma diferença importante entre as duas formas de abordar uma questão que nos serve para a presente explicação: a decisão de questões concretas é urgente e imprescindível. A decisão acerca de teses abstratas é supérflua e desnecessária. Isso tem um considerável impacto na medida em que, em tempo de crise ou de problemas complexos, enquanto determinados discursos — como o jurídico — não enfrentam efetivamente a questão por meio de um raciocínio conciliador e pragmático, outros discursos, talvez menos democráticos e legítimos, apresentam e manipulam as formas de decisão ao fornecer soluções egoísticas para as questões práticas.

O Supremo Tribunal Federal, ao se colocar em posição de neutralidade e de pureza diante de crises institucionais, acabou cerceado em sua necessária posição de protagonista no campo da política. O discurso jurídico, declarando-se o discurso dos proporcionais e justos, acabou se extirpando do processo de discussão de soluções efetivamente viáveis e práticas. Exemplo evidente dessa afirmação está na posição do ministro Aliomar Baleeiro — ministro que ingressou no STF pela criação de três novas vagas com o art. 6º do Ato Institucional nº 2, de 27/10/1965 —, em comentário ao novo regime de trabalho no STF e que hoje, para muitos, significou um dos claros exemplos de intervenção indevida do Poder Executivo³⁴:

³⁴ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal**: esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 134.

Um fato é certo: a revolução, que não pode ser sentenciada pelas paixões, interesses e ressentimentos do presente, quis manter o Supremo no papel político que inspirou a sua criação pelos fundadores da República. Em vez de enfraquecê-lo, no meu entender, deu-lhe poderes políticos ainda mais graves e com maiores responsabilidades.

Também o ministro Osvaldo Trigueiro relata, com surpreendente naturalidade, as intenções do Ato Institucional nº 2, em livro de 1976, depois de sua aposentadoria do tribunal³⁵:

Essa mudança na composição numérica, pretendendo revitalizar operacionalmente a cúpula judiciária brasileira com a criação de mais uma turma, tinha no seu bojo a intenção política de identificar a linha jurisprudencial do Supremo com os objetivos da revolução.

Na realidade, foram poucos os ministros que efetivamente se insurgiram — cada um ao seu modo — contra arbitrariedades do novo regime. Logo se tornou comentário comum a ideia de que o STF e o governo militar conviveram razoavelmente bem. Ninguém talvez tenha incorporado melhor esse tom mais ameno em prol de uma estabilidade institucional do que o ministro Luiz Gallotti, presidente do STF durante o Ato Institucional nº 5, para quem “a revolução nunca deixou de encarar o Supremo Tribunal Federal como uma instituição autônoma”³⁶. O temor de reconhecer sua função pragmática, sem abandonar o discurso de verdade, acabou por fazer do Supremo Tribunal Federal um tribunal espectador do fenômeno político. A função protagonista restou ao Congresso Nacional e, principalmente, ao Poder Executivo.

Obviamente que, também por uma perspectiva pragmatista, não há como negar que o STF de hoje é o resultado de sua história e dos problemas políticos por que passou. O tribunal do pós-88 permaneceu com a mesma composição de antes, o que reforça o seu comportamento institucional limitado por experiências passadas, uma vez que, nesse caso, a memória, além de institucional, é pessoal daqueles ministros que atuaram na Corte durante os “anos de chumbo”. Em outras palavras, o total desamparo do tribunal perante um Poder Executivo totalitário talvez tenha inflado de cautela um tribunal que nunca foi forte na história da República.

³⁵ VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 94 e 95.

³⁶ PIRES, Ézio. **O julgamento da liberdade**. Brasília: Senado Federal, 1979. (Coleção Machado de Assis, v. 20.), p. 64.

Diante do tom transcendental dos objetivos do discurso jurídico, a prática política brasileira oscila entre o processo político normal e os mecanismos ilegítimos de negociação política. Não é raro relacionar pragmatismo a ambos os polos mencionados. Está-se a falar, na primeira hipótese, do pragmatismo como estilo de comportamento político, como um reconhecimento de que vivemos em um mundo em que se digladiam posições filosóficas e que, por isso, não há como pensar em convívio sob a perspectiva de padrões de verdade. Na segunda hipótese, entretanto, fala-se de um desvio, de uma forma de agir que ainda reforça os prejulgamentos negativos acerca das possibilidades do pragmatismo como estilo de comportamento político.

Um exemplo marcante da forma fundacionista como o Direito vem enxergando os fenômenos políticos diz respeito à análise da maneira como a Constituição de 1988 foi elaborada. Seu processo constituinte — narrado por políticos que vivenciaram os trabalhos — não se deu da maneira como os constitucionalistas gostariam para consolidar suas posições teóricas. Celso Ribeiro Bastos utiliza-se da expressão “Frankenstein” para desferir uma incisiva crítica ao modelo das 24 subcomissões, adotado pelo constituinte de 1987/88:

[...] a pulverização dos seus trabalhos em múltiplas subcomissões que eram obrigadas a trabalhar sem que tivesse havido qualquer aprovação prévia de diretrizes fundamentais. Isto conduzia necessariamente as subcomissões a enveredarem por um trabalho detalhista, minucioso e, o que é mais grave, respectivo a reclamos e pleitos vindos de todos os rincões da sociedade.

Pouco mais adiante, o autor se utiliza de um conceito abstrato para enfatizar o tom crítico: “Ressente-se, portanto, o trabalho produzido desta falta de contato com o que poderíamos chamar: a grandeza constitucional.” Também Cretella Júnior³⁷ teceu considerações críticas a respeito da “técnica jurídica” da Assembleia:

De tal modo excepcional e insólita, na história da vida constitucional brasileira, a convocação de Assembleia Nacional Constituinte pelo Chefe do Executivo, estando o Congresso em pleno e normal funcionamento, que a mensagem convocatória, na falta de modelo tradicional para inspirar-se, ofereceu inúmeras dificuldades de técnica jurídica [...].

O termo “Frankenstein”, entretanto, foi amplamente utilizado para caracterizar a versão de Bernardo Cabral, apresentada em 26/06/1987, de Anteprojeto da Comissão de

³⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. I, 1992, p. 56 e 57.

Sistematização, que, pela primeira vez, fundira os diversos textos aprovados nas comissões temáticas³⁸.

Interessante notar como os juristas estão propensos a aceitar livros e trabalhos que se disponham a elaborar uma teoria do processo constituinte, mas pouca abertura há para reconhecer o valor acadêmico de trabalhos que se prestam a apenas “contar” uma história, a história do poder constituinte, a narração desimpedida de uma visão de mundo acerca de um evento histórico, sem que haja necessidade de grandes teorizações. Essa última é uma tendência de outros ramos do conhecimento, como a Ciência Política e a História. No campo do Direito ou na ponte do Direito com a Política, é digno de nota o trabalho de Pilatti (2008) sobre a Constituinte de 1987-1988 e o estudo de Marcos Wachwicz (2004), especialmente em sua segunda parte, quando parece se libertar da necessidade de uma “teoria”.

Lapidar, entretanto, a visão pragmática de Jobim³⁹, que alerta:

Nós precisamos ter a coragem de não ocultar a história. Nós gostamos de racionalizar o ensino do fato histórico e o sufocamos para tentar manter concepções teóricas que eventualmente não são utilizáveis no Brasil, porque a história política brasileira tem as suas peculiaridades.

A metodologia de elaboração da Constituição de 1988 apresenta um importante exemplo das diferenças de postura com que o jurista e o político compreendem e enxergam o fenômeno “Constituinte”. Na realidade, a história do Brasil é suficientemente rica em oferecer exemplos para contrapor concretamente essas duas visões díspares de mundo. Refiro-me ao episódio da instituição da “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais” ou a “Comissão dos Notáveis”, que permite, hoje, uma avaliação acerca de como seria uma Constituição elaborada por juristas e estudiosos e como foi a Constituição elaborada por políticos eleitos pelo povo em 1982 e 1986.

O então presidente José Sarney assinou em 18/07/1985 o Decreto nº 91.450, que constituía a comissão composta por 50 membros com o fim de “desenvolver e pesquisar estudos fundamentais, no interesse da nação brasileira, para futura colaboração nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte”.

³⁸ PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 149.

³⁹ JOBIM, Nelson de Azevedo. A constituinte vista por dentro – vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coordenador) **15 anos de Constituição – história e vicissitudes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 10.

Inicialmente, na linha de uma tradição brasileira, a ideia levantada por Tancredo Neves era balizar a atividade do constituinte por meio de uma obra prévia elaborada por especialistas. Contudo, o texto finalmente encerrado não alcançou a expectativa. O resultado final, apresentado em 18/09/1986 ao presidente José Sarney, foi um texto prolixo, pouco conciliatório ou consensual e absolutamente inútil do ponto de vista político. Continha 436 artigos no corpo da Constituição e 32 artigos no texto das Disposições Gerais e Transitórias, em um total de 468 artigos.

Interessante perceber que uma das principais críticas feitas à Constituição de 1988 é o seu tamanho e o seu tom analítico, crítica essa que sempre tomou por base o modelo padrão de pensamento no direito constitucional que tem a Constituição americana de 1787 e seus 27 artigos como o grande modelo constitucional. Sobre o tamanho do anteprojeto — “extraordinariamente volumoso e, pois, inviável para funcionar como ponto de partida”⁴⁰—, Pinto Ferreira⁴¹ alegou que o número expressivo de artigos decorreu da técnica utilizada de transformar em artigo aquilo que em outras constituições eram parágrafos e incisos.

O processo de elaboração do texto também revela certo grau de intolerância e de pouca capacidade dos “notáveis” para elaborar um texto conciliador. Logo depois da designação, vários membros renunciaram, tais como Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato e Miguel Seabra Fagundes, sendo, então, substituídos por Gilberto Freyre, Laerte Vieira Ramos, Hélio Souto e Guilhermino Cunha. Alguns de seus membros resolveram apresentar textos completos de anteprojeto elaborados unilateralmente, na tentativa de prover um “anteprojeto para o anteprojeto”. Foi o que fizeram Pinto Ferreira, José Afonso da Silva e Fábio Konder Comparato.

O texto foi objeto de diversas críticas, inclusive por parte de membros da Comissão. Ney Prado, em *Os notáveis erros dos notáveis*, acusa o texto de ser “preconceituoso, casuístico, elitista, utópico, demagógico, socialista, estatista e xenofóbico”⁴². Miguel Reale chegou a se retirar da reunião de 10/06/1986 por não concordar com a “tendência estatizante” da comissão e por entender que alguns dos temas tratados deveriam ficar com a lei ordinária⁴³. Manoel Gonçalves acusa a comissão de ter fugido ao consenso e ter procurado a regra das

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. I, 1992, p. 56.

⁴¹ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. Arts. 1º a 21º. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989, p. 22.

⁴² PRADO, Ney. **Os notáveis erros dos notáveis da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 10.

⁴³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. I, 1992, p. 58.

maiorias ocasionais que não necessariamente refletiriam a opinião do povo brasileiro⁴⁴. Em outro trabalho, o mesmo autor critica a falta de coerência do anteprojeto da comissão, caracterizando-o como “um agregado mal alinhavado de propostas” e atribuindo surpreendentemente esse resultado às “figuras vinculadas à Nova República, com um número extremamente grande de leigos em matéria jurídica”⁴⁵. Em publicação de 1987, Miguel Reale dedicou-se a tecer importantes críticas ao anteprojeto dos notáveis e afirmou que a comissão “confundiou projeto de Constituição com programa de governo”, além de se dedicar a reclamar do que chamou de “absurda estatização da economia”⁴⁶.

Esse quadro, somado ao contexto de enfraquecimento político do então presidente da República, evitou que o texto fosse remetido ao Congresso como Projeto de Constituição do Poder Executivo. Ao final, o projeto dos notáveis não exerceu qualquer papel decisivo e oficial em matéria de sua elaboração, especialmente por conta de seu texto, que dificilmente poderia representar um consenso. Nesse sentido, pesou o fato de o projeto articular um modelo parlamentarista para o Brasil e fixar o mandato de quatro anos para o exercício da Presidência da República, o que não coadunava com a visão do próprio Poder Executivo da época.

A Constituinte, após a definição de seu regimento, escolheu o caminho — criticado por alguns⁴⁷ — de instituição de 24 Subcomissões Temáticas, submetidas a oito Comissões de Grandes Temas que fundiriam a redação proposta nas subcomissões. vários outros “métodos” de trabalho haviam sido pensados, muito embora descartados por circunstâncias históricas ou contingentes. Como regra geral, o caminho seria adotar os métodos já explorados na história política brasileira. Com a morte de Tancredo Neves, inviabilizou-se a possibilidade de adotar um texto inicial elaborado por notáveis. Cogitou-se seriamente utilizar o formato da Constituinte de 1945/1946, com a criação de uma supercomissão internamente à Constituinte. Esse modelo havia sido pensado no âmbito do PMDB (por meio de minuta de Regimento Interno, elaborada em dezembro de 1986 e baseada no modelo de 1946). A ideia, porém, não prosperou pelos atritos internos do partido que foram expostos na disputa pela presidência da Câmara dos Deputados entre Ulysses Guimarães e Fernando Lyra. No contexto

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **O anteprojeto dos notáveis**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 2.

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1997, p. 2.

⁴⁶ REALE, Miguel. **Liberdade e democracia: em torno do Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 21 e 23.

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1997, p. 2.

de sua campanha para a presidência, Fernando Lyra descobriu uma minuta da assessoria legislativa, elaborada a pedido de Ulysses Guimarães, para a formação de uma comissão interna que faria um Anteprojeto de Constituição. Fernando Lyra divulgou o projeto no Congresso e disse que Ulysses Guimarães, se eleito presidente da Constituinte, iria criar uma comissão e os demais deputados — de segunda categoria — teriam que aguardar os trabalhos dessa comissão. Ulysses Guimarães acabou por se eleger, mas o projeto da supercomissão foi inviabilizado⁴⁸. O caminho seria a invenção de um novo modelo a partir do embate político concreto.

Ao final, uma Comissão de Sistematização faria a última integração do texto. Por outro lado, a escolha da topografia da Constituição não teve por base preocupações de ordem humanística ou principiológica, mas um objetivo estratégico e político. Os direitos e garantias individuais, por exemplo, constaram do art. 5º (do início da Constituição), não para servir como “carta de princípios” ou introito da nova ideologia da Constituição, mas porque se entendia que a aprovação de seus diversos artigos resumiria os trabalhos constituintes das próximas semanas e evitaria o enfrentamento de dilemas políticos e ideológicos, quando da votação de outros títulos ou capítulos, com atritos sempre inconvenientes.

O deputado Ulysses Guimarães, então presidente do PMDB, venceu, em 02/02/1987, as eleições para a presidência da Câmara dos Deputados para o biênio 1987/1988 (portanto, durante o processo constituinte), recebendo 299 votos, contra 155 votos do deputado Fernando Lyra, da corrente de “esquerda” do próprio PMDB (nome que já havia sido ministro da Justiça do presidente José Sarney). Era esperado que outro deputado ocupasse a posição de presidente da Constituinte. Entretanto, não foi o que ocorreu. Em eleições levadas a cabo no mesmo dia (*Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 03/02/1987, p. 18), o candidato Ulysses Guimarães (PMDB) recebeu 425 votos, contra 69 votos do deputado Lysâneas Maciel (PDT), e também foi declarado presidente da Assembleia Nacional Constituinte. A eleição chegou a ser informalmente contestada com base no temor do acúmulo de poder nas mãos de apenas um deputado, que, a um só tempo, dirigia o PMDB, a Câmara dos Deputados e a Constituinte (o “tripresidente”). A própria ata da sessão de eleição do presidente da Constituinte registra o protesto do deputado Adylson Motta, que contesta a eleição de Ulysses Guimarães por “desrespeito à alínea F, do parágrafo único, do art. 30, da Constituição Federal que, textualmente, proíbe a reeleição para a Mesa de qualquer das Casas” (*Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 03/02/1987, p. 18). O argumento, principalmente dos aliados do presidente José Sarney, baseava-se nas ideias de Democracia e República, que deveriam

⁴⁸ JOBIM, Nelson de Azevedo. **Op. cit.**, p. 11.

orientar uma pluralidade de centros de exercício de poder. Durante o encaminhamento dos trabalhos da Constituinte, percebeu-se o acerto na eleição do deputado Ulysses Guimarães, especialmente por um motivo de natureza administrativa: a Constituinte não tinha estrutura administrativa para dar auxílio e sustentar o trabalho dos congressistas. Certamente, a máquina administrativa e burocrática da Câmara dos Deputados teria que ser tomada de empréstimo. Dentro dessas circunstâncias, haveria crise política se as presidências fossem diferentes, uma vez que o presidente da Constituinte (naquele momento, mais importante) estaria subordinado ao presidente da Câmara dos Deputados e na dependência de sua boa vontade para dar continuidade aos trabalhos constituintes.

O episódio do “Centrão”, para alguns uma “onda democrática” durante a Constituinte, demonstra como é impossível aprisionar o processo político por meio de regras preconcebidas. Basicamente, o Centrão foi a insurgência de um grupo majoritário de parlamentares contra a possibilidade de aprovação de textos votados por uma minoria numérica que se apresentou nas subcomissões (embora fosse a maioria nas subcomissões). Após a eleição de Mario Covas para líder do PMDB, com o apoio dos progressistas e da ala mais próxima a Sarney, as relatorias e presidências de comissões (que futuramente iriam integrar a Comissão de Sistematização) ficaram nas mãos de parlamentares mais à esquerda. O Centrão representou, a um só tempo, a revolta contra o regimento (que, na prática, obrigava que apenas uma maioria absoluta no plenário do Congresso conseguiria alterar um texto aprovado por, no máximo, onze deputados, número que representava a maioria de uma subcomissão) e a retomada de uma versão mais equilibrada na redação de vários artigos da Constituição⁴⁹.

Na contramão do que afirmado aqui, Ferreira Filho⁵⁰ critica o “texto composto” elaborado durante a Constituinte de 1987/88, no qual, em sua opinião, ocorrem superposições, normas divergentes entre si, princípios contraditórios e genéricos e a fusão de propostas opostas. Para o autor, esses “problemas” têm uma causa: “O desprestígio do jurista no âmbito da Constituinte.”. O tom “iluminado” que o autor quer atribuir ao “jurista” acaba por construir o discurso excludente a que se fará menção neste trabalho e tenta difundir a ideia de que o “jurista” tem algo a mais, ou melhor, para a Democracia do que o cidadão comum ou do que o “político”; de que o “jurista” é imune aos problemas mundanos de incoerência, divergência e outras questões formais; e de que a Constituição estaria em boas mãos se fosse encarada como um objeto do “Direito” e do “jurista”: “A maioria dos integrantes da Assembleia

⁴⁹ JOBIM, Nelson de Azevedo. **Op. cit.** p. 12; PILATTI, Adriano. **Op.cit.**, p. 196.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988. Op. cit.**, p. 3.

considerava secundários os aspectos formais, portanto os jurídicos, esquecida que Constituição é lei, portanto documento jurídico, que tem de ser aplicada por homens do direito.”⁵¹

A eleição do presidente da Constituinte, a crise do regimento com a ascensão do Centrão e a aprovação do texto na Comissão de Redação são outros episódios que, fugindo do desenho genérico de “como deve funcionar” uma Constituinte, demonstram a forma original, concreta e improvisada com que forças políticas se relacionam e se combatem na elaboração de uma Constituição.

Entretanto, nenhum outro episódio esclarece melhor a relação contraditória no Brasil entre o Direito e a Política do que a repercussão que gerou o episódio da “inclusão” de dispositivos e artigos que não teriam sido votados para o texto final da Constituição.

Ao final dos trabalhos, em setembro de 1988, a Comissão de Redação, presidida pelo senador Jarbas Passarinho, havia identificado uma série de erros, imprecisões e omissões graves no texto do Projeto de Constituição depois de ter passado pelo longo processo constituinte. O caso emblemático foi a não consideração pela Constituinte do dispositivo que, hoje, integra a Constituição de 1988 em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Na realidade, foram várias omissões identificadas, tais como: falta de previsão acerca dos bens do Distrito Federal; exigência de imposto de renda para os vencimentos do presidente da República, vice-presidente e ministros de Estado (atual art. 49, VIII da Constituição); correção do número mínimo de vereadores para municípios de mais de cinco milhões de habitantes (atual art. 29, IV, “c” da Constituição); fixação de direitos trabalhistas para militares (atual art. 142, § 3, VIII, da Constituição); aprimoramento do texto sobre calamidade natural e possibilidade de decretação do estado de defesa (atual parte final do *caput* do art. 136 da Constituição); exclusão das minas de minérios como bens da União (atual redação do art. 20 da Constituição); transformação em parágrafo do inicialmente inciso que dispunha sobre limite de juros reais (antigo § 3, art. 192, antes da EC nº 40/2003); limite de 21 anos de idade para juízes de paz (art. 14, § 3, VI, “c” da Constituição) etc. No total, foram cem mudanças no texto, que variaram entre alterações de forma e de mérito. A Comissão de Redação, assim, passou a votações internas para incluir as mudanças e suprir as lacunas identificadas⁵².

⁵¹ Idem. *Ibidem*.

⁵² O Globo, 14/09/1988, p. 5; O Estado de S. Paulo, 15/09/1988, p. 5; O Estado de S. Paulo, 16/09/1988, p. 5; O Globo, 17/09/1988, p. 2.

Logo surgiu o problema para saber se as mudanças exigiriam uma nova votação em plenário (o que se chamou, na época, “terceiro turno”), já que o Regimento Interno não previa recurso das decisões da Comissão de Redação.

A discussão era retórica, uma vez que encobria uma “crise política”⁵³. De um lado, Sarney e o PFL não queriam que a Constituição fosse promulgada em outubro de 1988, pois isso anteciparia as eleições presidenciais para 1989. Com eleições tão próximas, Ulysses Guimarães apareceria como candidato natural favorito pela projeção que havia conseguido com a posição de presidente da Constituinte. Ulysses Guimarães — e o PMDB, pelos mesmos motivos — queriam o rápido término dos trabalhos. Os partidos de esquerda, embora por outras razões (de ideologia partidária), apoiavam a proposta do “terceiro turno”. Ao final, chegou-se a um acordo entre Ulysses Guimarães, Nelson Jobim (líder do PMDB na Constituinte) e Carlos Santana (líder do Governo na Constituinte): haveria votação final da Comissão de Redação de forma nominal, por maioria absoluta de 280 votos, portanto o quórum constitucional da Emenda Constitucional nº 26⁵⁴. Ao final, em 22/09/1988, o deputado Ulysses Guimarães presidiu a sessão de votação para deliberar acerca da redação final do texto da Constituição. Naquela oportunidade, o presidente da Constituinte teceu comentário acerca da natureza confirmatória dos procedimentos praticados durante os trabalhos constituintes se caso o plenário aprovasse essa redação. As palavras do deputado Ulysses Guimarães são representativas de uma visão pragmática do “homem político” que se interessa em resolver problemas concretos e alcançar consensos possíveis, sem ligar propriamente para eventuais modelos teóricos e transcendentais de postura e de procedimento:

[...] não há dúvida nenhuma de que, depois, na sucessividade de todas essas etapas, se procurou captar a intenção, realmente, de servir à Nação, através do texto aprovado. E, esta votação que, hoje, vai se fazer, também, terá o caráter homologatório, ratificador, o caráter confirmatório daquilo que, se eventualmente alguma dúvida suscitasse, através da maioria soberana, qualificada, do plenário se espanca qualquer dúvida.

Além disso, e para terminar, o Regimento é meio e não fim. O fim, em qualquer texto legal, a Constituição, principalmente, é a verdade, é o bem, é a justiça. É assim que os juízes interpretam. Às vezes, não se cinge a uma interpretação servir literal, gramatical, vocabular, mas procura a interpretação de servir e fazer com que o preceito legal procure, repito, servir ao bem, obter uma solução em nome do bem, da verdade ou da justiça. (*Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 13/09/1988, p. 14.319).

⁵³ JOBIM, Nelson de Azevedo. **Op. cit.** p. 14.

⁵⁴ JOBIM, Nelson de Azevedo. **Op. cit.** p. 15.

Alguns anos mais tarde, em 2003, as “incorreções” técnicas praticadas pela Assembleia Nacional Constituinte foram novamente objeto de críticas de juristas, que contestaram, mais uma vez, sua legitimidade, esquecendo-se de que mais importante que o rigor e coerência do sistema jurídico é a estabilidade institucional que se alcançou com a Constituição de 1988 e o fortalecimento da democracia. Obviamente, esses não são resultados equivocados.

De fato, o aparente sucesso da Constituição de 1988 e de sua organização topográfica dos capítulos, em geral, não está ligado — como não esteve quando a Constituição foi elaborada — a qualquer fundamentação transcendental ou preocupação teórica, mas, sim, sempre se conectou à necessidade de encontrar consenso no jogo político e nas discussões dos grupos de pressão. Há relatos dos parlamentares que dão conta de que a organização de capítulos da Constituição não aconteceu em razão de uma preocupação humanística, mas, sim, por motivos práticos, de facilitação de debates parlamentares futuros ou mesmo na defesa de interesses mesquinhos⁵⁵.

Há regras e até princípios que somente fizeram parte da Constituição dentro da lógica da compensação das posições que se faziam representar. Há até casos pitorescos, como vimos, de artigos essenciais da Constituição de 1988 que foram incluídos na redação final sem que tivessem passado por um processo de discussão nas comissões temáticas que se formaram na Constituinte.

Para um teórico do direito constitucional, esse processo, narrado como foi por parlamentares que viveram aquele período, faria com que a própria Constituição de 1988 perdesse em solidez e em legitimidade, uma vez que a Assembleia Constituinte não teria funcionado da maneira como exige a “razão do direito constitucional”, consolidada ao longo dos últimos 200 anos.

Em verdade a constituição de 1988, foi bastante rica na elaboração de princípios e na enumeração de direitos e garantias constitucionais, no elenco dos direitos sociais, mas ultrapassado esse teórico avanço foi mais retrógrada em relação a pontos essenciais, como por exemplo, na disciplina jurídica da desapropriação para fins de reforma agrária.

Florestan Fernandes, deputado constituinte, apesar de seu radicalismo crítico e “marxista”, também, naquele momento, vislumbrava os perigos da “técnica” e como essa visão poderia contaminar a própria Constituição. A tradição brasileira do processo constituinte, segundo sua opinião, traria problemas graves:

⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 335 e 336.

[...] a elaboração da Constituição assumiria um caráter inevitavelmente técnico e jurídico com os riscos já conhecidos e consagrados de dissociar o processo constituinte da maioria real, a massa dos cidadãos e seus problemas humanos e dilemas sociais concretos [...] ⁵⁶

Em seguida, em elogio ao Regimento da Assembleia Nacional Constituinte, o então deputado ressalta o casamento no regimento:

[...] de uma tradição parlamentar importada, mas com raízes nas nossas repetidas experiências constitucionais [...] e um nexos com as várias camadas de um Povo sem peso e sem voz na sociedade civil e no Estado, em virtude da carência de uma cultura cívica ⁵⁷.

Entretanto, para um pragmatista, pouco importa se o processo se deu da maneira como a teoria mandava, pouco importa se domesticamos nossa forma de proceder a partir de um juízo constitucional transcendental. O que, de fato, é importante é que a Constituição foi elaborada, nasceu com força e relativa eficácia, passou por um processo natural de adaptação às novas circunstâncias, mas, em geral, não deixou de ser exemplo de um compromisso institucional assumido no passado e que vem construindo unidade e estabilidade política.

Contudo, não é recente nossa opção filosófica pelos modelos abstratos em detrimento da análise quase que utilitária da forma como episódios jurídico-políticos se desenvolvem.

Uma república tão carente de símbolos e de discursos somente poderia se sustentar com a criação de um imaginário nobre de luta contra abusos do poder público e de resguardo dos direitos das classes mais pobres. Nessa linha, continuamos a estudar, por exemplo, a Constituição como uma espécie de documento mágico, capaz de instituir uma “nova ordem”, estabelecer direitos fundamentais e organizar o poder político. A própria Constituição de 1988 é vista a partir desse enfoque abstrato, muito na linha da herança dos positivistas ⁵⁸.

É de se notar, por exemplo, que ainda é típica da visão jurídica a leitura da Inconfidência Mineira como um movimento de índole iluminista, a compreensão das revoltas

⁵⁶ FERNANDES, Florestan. **O processo constituinte**. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, 1988, p. 5 e 6.

⁵⁷ Idem. *Ibidem*.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 2; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Op.cit.**, p. 273; TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 65; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 37; CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 391.

do período regencial como revoltas populares e a Proclamação da República como evento cercado de participação popular e de ideologia democrática.

Em outras palavras, o jurista dificilmente reconhece o papel funcional ou instrumental do Direito a serviço da democracia, mas prefere continuar a destacar ilusoriamente uma dimensão ontológica do ser e do dever ser das coisas, da natureza do homem e da lei, do núcleo essencial de regras e de princípios.

Entretanto, os eventos sempre ocorreram, os episódios políticos se sucederam e, ao final, apenas esses embates democráticos, ou não, foram decisivos para a construção de soluções ou de caminhos⁵⁹. A dinâmica política, nesse contexto, nem sempre se deu da melhor forma ou da maneira mais transparente. O Direito e os juristas, contudo, não estavam lá para criticar, apontar problemas ou alternativas: estavam eles enclausurados na academia, presos aos pressupostos iluministas, tentando se aproximar da “verdade”, da “justiça” e da “ética”.

Passou-se muito tempo até que percebêssemos que não estamos em busca de algo maior, mas apenas tentando encontrar soluções viáveis que aprimorassem nosso convívio social. O Direito, obviamente, não tem um papel fundamental, de norteador de caminhos, mas divide com outros estilos de pensamento a função relevante de auxiliar na construção de uma sociedade que respeite direitos e que resguarde esferas de liberdade. Esse objetivo, entretanto, não vai ser alcançado com a depuração de conceitos abstratos, mas com o reconhecimento e acirramento dos debates entre posições díspares; com a busca do consenso que nos obrigue a sermos democráticos, de reconhecermos que posições opostas ou estranhas são também legítimas posições jurídicas, políticas e filosóficas, e, portanto, posições dignas de consideração e de diálogo. Nas palavras de Richard Rorty, em artigo em resposta a David Luban, conservamos ainda uma esperança ou admiração pelo Judiciário, diante da decadência do espaço dos partidos políticos. Entretanto, “essa admiração não é reverência ao tipo euclidiano de Imutabilidade da Lei. É o respeito pela habilidade de homens e mulheres decentes sentarem-se à mesa, argumentarem e chegarem a um consenso razoável”⁶⁰.

A sugestão rortyniana é instigante. Se podemos falar de algum modelo de “Direito” que se projetará para o futuro com chances de viabilidade funcional, obviamente, não nos referimos ao caminho que trilhamos até agora e que, com nova configuração, insistimos

⁵⁹ Nem sempre os caminhos para a evolução, ou involução da sociedade foram trilhados a partir de instrumentos democráticos, podendo-se citar como exemplo a revolução de 1930, o golpe militar de 1964...

⁶⁰ RORTY, Richard. Pragmatism and law: a response to David Luban. In: **Cardozo Law Review**, New York, n. 18, p. 75-83, 1997, p. 83.

em retirar-lhe algo mais. Tratamos aqui dos novos modelos jurídicos de argumentação que parecem modernos e, em alguma medida, são etapas evolutivas de um pensamento abstrato antiquado, anterior à Constituição de 1988, mas que, sob o olhar pragmatista, não é tão diferente, a não ser pelo novo vocabulário (apesar de ser ainda técnico e árido). Nenhum modelo representa melhor essa técnica do que o que se acostumou a chamar no Brasil de “neoconstitucionalismo”⁶¹.

Fala-se, na realidade, de um “Direito” diferente, que não se encerra em si, mas que busca algum efeito concreto ou consequências sociais razoáveis. Isso não se atinge com padrões excessivamente racionais de tecnicismo jurídico, mas com a atitude aberta de quem humildemente busca posições medianas em contextos complexos de opiniões divergentes. Nesse caso, o jurista, o Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário, as Faculdades de Direito, enfim, todos os chamados “operadores do direito” precisam se ver mais como árbitros ou mediadores de disputas, em relação às quais não têm posição *a priori*, do que como uma espécie de oráculo, o conhecedor da “verdade” e da “justiça”, a quem é atribuído o poder de dizer “isso é certo”.

Os estudos no campo do Direito foram intimamente marcados pela “ideologia” racionalista e kantiana do final do século XVIII. Após o Código Civil Napoleônico, surgiu uma impressionante sucessão de teorias que visavam explicar o Direito, seus elementos, sua dinâmica. Seja no período de primazia do Direito privado, com o Estado Liberal, ou na reação do Direito público, com a ampliação das demandas sociais e a necessidade de intervenção estatal, a ciência do Direito despregou-se da experiência concreta e os juristas passaram a procurar explicações *a priori* e a formular teorias de aplicação do Direito. Os movimentos da filosofia do Direito são variados, com a nota característica de busca pela “verdade jurídica”: a jurisprudência dos conceitos, a escola da exegese, a escola histórica, a jurisprudência dos interesses, os pandectistas, os primeiros estudos do Direito do processo civil, o positivismo, a Escola Livre, a jurisprudência dos valores, o neoconstitucionalismo. Todas as correntes propõem teorias com discursos cada vez mais refinados e sofisticados. Talvez os pandectistas sejam exemplificativos, uma vez que inventaram todo um sistema teórico jurídico para explicar a prática essencialmente concreta dos romanos.

⁶¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003a. (Colección Estructuras y procesos – Serie Derecho.), p. 101; PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003b, p. 123; COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 75.

É preciso um olhar mais amplo para quebrar essa lógica que supõe o jurista como um erudito e voltar a reconhecer a “natureza” comezinha, cotidiana, normal do Direito, e que o bom jurista não é aquele que necessariamente acumula um conhecimento teórico maior, mas sim aquele que simplesmente é criativo e imaginativo o suficiente para elaborar soluções concretas, viáveis e funcionais para determinado conflito. A visão do jurista como um grande teórico de sua ciência encontrou solo fértil no ambiente do pensamento continental, especialmente na linha da tradição do idealismo alemão. Também nos Estados Unidos, esse perfil de jurista se desenvolveu, mas foi contraposto por uma visão prática do profissional do Direito. Desde o início do século XX, o pragmatismo apresentava-se como uma corrente da filosofia americana, tendo ganhado notoriedade com a obra de Dewey.

Precisamente, não é difícil atribuir à figura de Oliver Wendell Holmes Jr. as primeiras reflexões nos Estados Unidos de um Direito instrumental ou pragmático. Holmes foi ministro da Suprema Corte Americana de 1902 a 1932 quando ficou conhecido em virtude do termo *the great dissenter* a ele atribuído, pela oposição firme e sem hesitação contra a visão formalista e liberal do tribunal do início do século XX. Sua visão pragmatista antecipou várias questões fundamentais do Direito e seus votos acabaram por se tornar, anos mais tarde, a base de várias decisões paradigmáticas da Corte, como no famoso caso *Lochner*. A verdade é que Holmes inaugura uma tradição específica dos escritos jurídicos nos Estados Unidos ao ignorar explicitamente os “ganhos” das teorias e do idealismo jurídico. Sua maneira peculiar de enxergar os problemas sob perspectivas diferenciadas — o mais das vezes, com o ângulo da história, da economia, da política — fizeram dele uma referência famosa e, ao mesmo tempo, um juiz arrojado que não se tranquilizava em ficar ao lado da visão ortodoxa. Parte de seu sucesso veio com os anos, na medida em que certas ideias professadas em votos divergentes na Suprema Corte americana foram se transformando em decisões majoritárias futuras.

Entretanto, o que é pragmatismo jurídico? Os conceitos são variados. O pragmatismo jurídico é “antifundacionalista e otimista social”⁶²; é “[...] olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do ‘caráter local’ do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da não alcançabilidade da ‘verdade’, da conseqüente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e a ação sociais

⁶² HOY, David. Is legal originalism compatible with philosophical pragmatism? In: **Pragmatism in law and society**. Boulder, USA: Westview Press, p. 343-358, 1991, p. 334.

sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço e não como fins em si mesmos [...]”⁶³; é o “entendimento de que o que enxergamos sempre depende de nosso ponto de vista, e que entender outros é frequentemente uma questão de tentativa de recriação da visão básica de onde essas visões nascem”⁶⁴; é um “ecletico, reorientado, histórico antiformalismo”⁶⁵; é uma “disposição em basear atos em fatos e consequências e não em conceitualismos, generalizações, frases de piedade e slogans [...] rejeitando teoria moral, legal e política quando é oferecido para guiar o processo legal de decisão”⁶⁶; é “liberdade da culpa de não ter teoria”⁶⁷; é “resolver problemas jurídicos usando todos os instrumentos que estão à mão, incluindo precedente, tradição, texto legal e política social e renunciando ao grande projeto de criar uma fundamentação teórica para o direito constitucional”⁶⁸; é uma “expressão realista do reconhecimento de que demandas metateóricas de verdade são filosoficamente indefensáveis”⁶⁹; é a visão de que a “prática não está envolvida por um conjunto de princípios imutáveis ou por um método infalível ou impessoal, ou por uma linguagem neutra de observação”⁷⁰; é a “síntese de contextualismo e instrumentalismo”⁷¹.

Em resumo, pragmatismo jurídico não é propriamente um conceito a ser identificado e esclarecido, mas uma postura interpretativa do processo de decisão, da historicidade e da pessoalidade dessa mesma hermenêutica, da limitação da racionalidade e teorização jurídica e dos próprios objetivos de utilidade e de eficiência do Direito em relação aos casos concretos. Assim sendo, tudo que for crítica ao discurso de elogio da ciência do Direito ou das possibilidades racionais, teóricas e abstratas do pensamento jurídico traz em si um sentido fortemente pragmatista, mesmo que, para isso, não haja leitura do pensamento pragmatista ou conhecimento de seus mais ilustres autores. “O ser humano não tem apenas

⁶³ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Coleção Justiça e Direito.), p. 621 e 622.

⁶⁴ HANTZIS, Catharine Wells. Legal innovation within the wider intellectual tradition: the pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr. In: **Northwestern University Law Review**, Evanston, n. 82, p. 541, 1988, p. 595.

⁶⁵ LUBAN, David. The Posner variations: twenty-seven variations on a theme by Holmes. In: **Stanford Law Review**, Standford, v. 48, p. 1001-1036, 1996, p. 44.

⁶⁶ POSNER, Richard Allen. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003, p. 3.

⁶⁷ GREY, Thomas C. Hear the other side: Wallace Stevens and pragmatist legal theory. In: **Southern California law review**, Los Angeles, v. 63, p. 1569-1595, 1990, p. 1569.

⁶⁸ FARBER, Daniel A. Legal pragmatism and the Constitution. In: **Minnesota Law Review**, Minneapolis, n. 72, p. 1.331-1.378, 1988, p. 1.332.

⁶⁹ PATTERSON, Dennis. Law’s pragmatism: law as practice and narrative. In: **Virginia Law Review**, Charlottesville, n. 76, p. 937-998, 1990, p. 996.

⁷⁰ FISH, Stanley. Almost pragmatism: the jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty, and Ronald Dworkin. In: **Pragmatism in law and society**. Boulder, USA: Westview Press, p. 47-82, 1991, p. 63.

⁷¹ GREY, Thomas C. What good is legal pragmatism? In: BRINT, Michael; WEAVER, William (Eds). **Pragmatism in law & society**. San Francisco: Westview Press, 1991, p. 15.

olhos, mas também mãos”⁷². Ser antiteórico e voltado para a ação, para a solução de casos, essa é, sem dúvida, a orientação que divide o pragmatista do não-pragmatista no Direito.

Temos aqui duas fortes orientações do pragmatismo jurídico: o Direito volta-se para as necessidades do homem e o Direito é criado tanto pelo legislador quanto pelo juiz — seja no sistema da *common law*, seja nos sistemas de herança romanista⁷³. Também não há dúvida de que a formatação jurídica do pragmatismo não ignora — em realidade, reforça — as três grandes características de suas reflexões filosóficas: o *consequencialismo* (tanto o Direito quanto a norma sempre se voltam ao futuro); o *contextualismo* (o ato de julgar, interpretar e legislar está condicionado pelas circunstâncias sociais, políticas, históricas e econômicas dentro das quais estamos submersos) e seu *antifundacionismo* ou descrença em entidades metafísicas (no sentido de que o Direito não precisa descortinar conceitos como “verdade”, “realidade”, “natureza” e “justiça” para bem resolver problemas concretos).

A busca dessa norma seria substituída pela pergunta “*O que funciona? Qual é a forma mais eficaz?*”. Não há dúvida de que essa batalha do pragmatismo contra a visão tradicional (dita formalista) encontra, nos dias atuais, campo fértil no Direito Constitucional. Nas palavras de Richard Posner⁷⁴: “o atual reduto do formalismo legal, entretanto, não está na *common law*, mas na interpretação legal e na interpretação constitucional”. É aqui onde encontramos as mais influentes e modernas tentativas de derivar consequências jurídicas por meio de métodos superficialmente relacionados à dedução. As tentativas dificilmente alcançarão sucesso. A interpretação de textos não é um exercício lógico e os limites da “interpretação” são tão amplos (quando consideramos que entre objetos verbais e outros que são interpretados, há sonhos, textos em língua estrangeira e composições musicais), que se questiona a utilidade de conceitos. Pragmatistas dão ênfase ao papel da consequência na “interpretação”, vista humildemente como o uso do texto auxiliar em uma conclusão. Para Posner, para citar uma conclusão que poderia ser tirada por outro jurista pragmático, os pragmatistas não estão interessados na “autenticidade” de determinada sugestão de interpretação, mas no uso do texto constitucional ou legal para atingir, pragmaticamente, um resultado “atrativo”, útil.

A teoria constitucional foi, na realidade, cooptada por teóricos e professores de Direito Constitucional e sua linguagem e objetivos atuais se voltam apenas para o mundo

⁷² POSNER, Richard Allen. What has pragmatism to offer law? In: **Southern California Law Review**, Los Angeles, n. 63, p. 1.653-1.670, 1990, p. 1655.

⁷³ POSNER, Richard Allen. **Op. cit.**, p. 1658.

⁷⁴ POSNER, Richard Allen. **Op. cit.**, p. 1664.

acadêmico, sem considerar as necessidades práticas de juízes e advogados⁷⁵. No Brasil, essa tendência é tão forte, que mesmo juízes, desembargadores e ministros se rendem a esse discurso, esquecendo-se do papel mais cotidiano que o Poder Judiciário precisa exercer. A esse contexto, Posner chamou de “academização” (*academification*) da teoria constitucional⁷⁶.

Não há dúvida, contudo, do temor que essa visão causa, especialmente naqueles acomodados em “produzir” Direito por meio do estabelecimento de um eruditismo baseado em linguagem científica ou na tentativa de construir uma teoria moral do Direito. A maior questão é que as grandes teorias do Direito Constitucional não são desinteressadas. Seus elaboradores, conscientes ou inconscientes, buscam prestígio, influenciar a prática constitucional e se tornar notáveis. Posner⁷⁷ assim se manifesta sobre a questão: “teóricos constitucionais querem influenciar a prática constitucional”. Ninguém consegue ler Ely e Dworkin e outros teóricos sem perceber um forte desejo de influenciar decisões judiciais ou até a composição da Suprema Corte. Mas, para alcançar a mais nobre recompensa disponível na comunidade acadêmica jurídica moderna, o professor tem que fazer “teoria” e isso tende a separar os professores dos juízes. Ao assim agir, esses elaboradores das teorias do Direito Constitucional afastam-se da prática ou de uma prática razoável e responsável de interpretação constitucional. São esses teóricos que falam, por exemplo, de um voluntarismo e de total incerteza diante do pouco prestígio que os pragmatistas dispensariam à tradição (no Direito, à jurisprudência e ao precedente).

Ninguém representou melhor a oposição à tese pragmatista que Ronald Dworkin. A explicação talvez possa estar no fato de a discussão entre Dworkin e Posner, por exemplo, sempre ter se desenvolvido em tom áspero, já que suas posições são radicalmente opostas. Richard Posner e Ronald Dworkin protagonizaram um dos principais debates que aclararam posições dos pragmatistas e dos “integracionistas”. O debate, entretanto, sempre foi recheado de ironias e adjetivos que beiravam o ataque pessoal. Em resposta também ao trabalho de Posner de 1995 (*Overcoming law*), Dworkin escreveu texto em 1997 em elogio à teoria constitucional (“In praise of theory”). Ao retrucar seus críticos, assim se manifestou Dworkin⁷⁸: [...] “a primeira [crítica] é oferecida pelo juiz Richard Posner — vocês sabem, aquele juiz preguiçoso

⁷⁵POSNER, Richard A. **Divergent paths. The Academy and the Judiciary**. Cambridge / London – Harvard University press, 2016.

⁷⁶ POSNER, Richard Allen. Against constitutional theory. In: **New York University Law Review**, New York, n. 73, p. 1-22, 1998, p. 4.

⁷⁷ POSNER, Richard Allen. Against constitutional theory. In: **New York University Law, Review**, New York, n. 73, p. 1-22, 1998, p. 10.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. In praise of theory. In: **Arizona State law Journal**, Mesa, n. 29, p. 353-376, 1997, p. 355.

que escreve um livro antes do café da manhã, decide vários casos antes da tarde, ministra aulas durante toda a tarde na Chicago Law School e promove cirurgias de cérebro depois do jantar.”

Em texto de 1998, Dworkin chama Posner, no título de seu trabalho, de “o novo buldogue de Darwin” e classifica suas aulas como “divertidas, apressadas, cômicas e violentas”. Para Dworkin⁷⁹, [...] “o pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de Direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado”. Continua ao afirmar que o pragmatismo “estimula os juízes a decidir e a agir segundo seus próprios pontos de vista”⁸⁰. Para ele, o pragmatismo, ao não estabelecer algum tipo de prática oficial ou método, instaura a confusão, a desobediência e faz vista grossa ao precedente, não lhe prestando qualquer homenagem. Daí se baseia em conclusões que em nada guardam relação com o pragmatismo: “[...] o pragmatismo, ao contrário, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; adota o ponto de vista de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito”⁸¹.

Para o pensador americano, essa é uma conclusão razoável de frases que sintetizam o pensamento pragmatista, tais como “consenso é a única base que a ‘verdade’ reclama ou deveria ser aceita, uma vez que é o consenso que produz a ‘verdade’ e não a ‘verdade’ que força o consenso”⁸².

De fato, o pragmatista, muito embora respeite e reconheça no precedente uma poderosa orientação normativa, não se sente intimidado a adotá-la no caso de elementos de fato do caso que, na realidade, exigem a mudança. Para o pragmatista, o precedente não é um fim em si mesmo, mas isso não quer dizer que seja desinteressado em relação a como já se julgou determinado tema. Em tese — para se utilizar da linguagem dos formalistas —, o pragmatista talvez defenda mais o precedente do que o formalista, já que enxerga nessas decisões do passado repositórios de “versões” do mundo, de conhecimento, de inteligência e de funcionalidade. Para o pragmatismo jurídico, o critério a ser considerado é da utilidade, da eficiência, da funcionalidade.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e direito.), p. 185.

⁸⁰ Idem. *Ibidem*.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e direito.), p. 185.

⁸² POSNER, Richard Allen. The problematics of moral and legal theory. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 111, p. 1.637, 1998, p. 1657; DWORKIN, Ronald. Darwin’s new bulldog. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 111, p. 1718-1738, 1998, p. 1719.

Não traria qualquer benefício funcional a simples alteração de uma jurisprudência pelo mero prazer em alterá-la; traria insegurança e desestabilizaria as expectativas com o ordenamento e com o Direito, além de ir contra uma determinada aceitação pública daquela decisão, um determinado consenso que já teria se formado de que aquela decisão trouxe tranquilidade.

Interessante notar que Brandeis, um dos pragmatistas mais importantes na história da Suprema Corte, era um ferrenho defensor do *Rule of law*, a tal ponto de Farber⁸³ o colocar entre os precursores da “Escola do Processo Legal” (*Legal Process School*), que defendia, entre outros pontos, a institucionalidade estabelecida, a supremacia da lei no ordenamento jurídico e a visão tradicional de resolução de conflitos pelo Judiciário. O quadro, entretanto, modifica-se quando o respeito à jurisprudência vai de encontro às expectativas de evolução de uma comunidade, quando vai de encontro a algum sentimento de que aquela decisão passada significa atraso, de que aquela decisão somente traz agora confusão e temor ou, em outras palavras, que aquela decisão não é funcional ou útil. “Uma decisão que desestabiliza o Direito afastando-se abruptamente do precedente traria, na média, resultados ruins.”⁸⁴.

Posner ainda traz outro elemento a demonstrar que o pragmatismo não é, em tese, contrário ao precedente: “Outra razão para não ignorar o passado é que frequentemente é difícil determinar a proposta ou escopo de uma norma sem perseguir suas origens⁸⁵”. A defesa intransigente que faz Dworkin da tradição, provavelmente o levaria também a defender que, nesses casos, qualquer alteração de entendimento seria agressiva ao sistema. O juiz pragmatista não concede grande prestígio às consequências normativas dos precedentes, mas às consequências no plano da convivência social. Ele lê *Brown v. Board of Education*, como dizendo “gostem ou não gostem, crianças negras são também crianças”; ele lê *Roe v. Wade*, como dizendo “gostem ou não gostem, mulheres são levadas a tomar decisões difíceis também”.

2.2. A HERANÇA POSITIVISTA DO DIREITO CONSTITUCIONAL E A SUBJUGAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pretende-se demonstrar, nesse capítulo, que o Supremo Tribunal Federal tem em sua história uma recorrência de incômodos eventos que subjugaram a sua autoridade

⁸³ FARBER, Daniel A. Reinventing Brandeis: legal pragmatism for the twentyfirst century. In: **University of Illinois Law Review**, Champaign, p. 163, 1995, p. 177.

⁸⁴ POSNER, Richard Allen. Pragmatic adjudication. In: **Cardozo Law Review**, New York, n. 18, p. 1-20, 1997, p. 4-5.

⁸⁵ Idem. Ibidem.

institucional e enfraqueceram a força política de suas decisões. Essa história de redução do âmbito de seu poder julgador, somado à repetitividade com que tais eventos aconteceram, gerou uma herança difícil de ser superada: o exercício do poder político-jurisdicional foi efetivado de maneira exageradamente cautelosa, sem querer se imiscuir em assuntos políticos, mesmo que isso lhe custasse, no médio prazo, a autoridade institucional.

Ressalte-se que a potencialidade de choque entre o STF e os demais órgãos de Poder amplia-se com o surgimento e desenvolvimento dos mecanismos de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, iniciando-se, basicamente, com a figura da representação de inconstitucionalidade, inicialmente com a *representação interventiva* e após o movimento militar de 1964, com a Representação de inconstitucionalidade, tendo como único legitimado o procurador Geral da República (então cargo de provimento em comissão do presidente da República)⁸⁶. Com a Constituição de 1988, ter-se-ia a grande expansão dos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade, consagrando as figuras da ADIN [inclusive por omissão], a ADC, ADPF (decorrentes de emendas posteriores), a reclamação constitucional, o mandado de injunção (que apesar de não se tratar de mecanismo de controle abstrato, pode, por força de repercussão gerar esse efeito.).

Pode-se afirmar que no período que antecedeu à Constituição de 1988, o Brasil foi órfão de um *locus* da questão constitucional, de um fórum que centralizasse os principais debates sobre a interpretação da Constituição e que servisse de laboratório para as teses constitucionais.

Três episódios são representativos dessa história que retirou a Jurisdição Constitucional do centro das preocupações políticas e acabou por debilitar o próprio ramo do Direito Constitucional: os famosos *habeas corpus* do início do período republicano, a posição política do Supremo Tribunal Federal durante o Estado Novo e a relação do tribunal com o movimento revolucionário de 1964.

Logo nos primeiros anos após a Constituição de 1891, a República já agonizava e o papel político do tribunal foi colocado em xeque. Como visto, a história tem registrado que muitas vezes, nos votos vencidos, reside a semente das grandes transformações. Nesse sentido, pode-se mencionar o *Justice* Oliver Wendell Holmes Jr., que se notabilizou na Suprema Corte dos Estados Unidos por suas *dissenting opinions*, que, mais tarde, vieram a se converter na jurisprudência dominante do Tribunal. Pode-se também relembrar a experiência histórica do

⁸⁶ MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional** - 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 67.

Supremo Tribunal Federal brasileiro quando do julgamento do Habeas Corpus n 9.300⁸⁷, impetrado por Rui Barbosa, em favor de generais, senadores, deputados federais, jornalistas - como José do Patrocínio, e poetas - como Olavo Bilac, atingidos em suas liberdades, por atos de Floriano Peixoto, quando Presidente da República.

No histórico julgamento desse habeas, denegado pelo Supremo, em julgamento ocorrido em 23 de abril de 1892, destacou-se o voto vencido proferido pelo Ministro Piza e Almeida, que não hesitou em sustentar a tese que, embora solitária, viria a se transformar alguns anos depois no núcleo da jurisprudência dominante do Supremo, chegando até mesmo a ser consagrada em textos constitucionais posteriores, na qual acentuava que os abusos, mesmo quando praticados na vigência do estado de sítio pela Presidência da República, estariam sob a jurisdição imediata do Supremo Tribunal Federal. Afirmou-se, ainda, nesse histórico voto vencido, que a cessação do estado de sítio importava o restabelecimento imediato das garantias constitucionais, pois a prisão e o desterro, por ordem meramente administrativa, não poderiam prolongar-se indefinidamente, sem processo e sem possibilidade de controle jurisdicional. Essa tese, tão cara à preservação das liberdades individuais, apenas veio a prevalecer alguns anos depois, por efeito da irresistível força fecundante de que pode revestir-se um simples voto vencido. Tem inteira razão, pois, Raymundo Faoro, quando enfatiza que o voto vencido, muitas vezes, "representa a honra de um corpo político, alicerce da opinião vencedora num passo subsequente. É o voto da coragem, de quem não teme ficar só..."⁸⁸.

No julgamento de uma sequência de *habeas corpus* ajuizados por Rui Barbosa, o Supremo Tribunal Federal hesitou em assumir papel mais agressivo em meio à crise política e militar. Dentre os *habeas corpus*, tornaram-se célebres os do almirante Eduardo Wandenkolk, de 02/08/1893⁸⁹, que foi negado; do imediato de Wandenkolk, sr. Mário Aurélio da Silveira, de

⁸⁷ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. *Vencedor e Vencido*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 240 e 241.

⁸⁸ *Apud* BIERRENBACH, Flávio Flores da Cunha. **Quem tem medo da Constituinte?** Prefácio. São Paulo: Paz e Terra, 1986, p. 30.

⁸⁹ HABEAS CORPUS Nº 300: "HABEAS CORPUS 300 ACÓRDÃO Vistos, expostos e discutidos os presentes autos de habeas corpus, requerido pelo Dr. Rui Barbosa em favor dos senadores almirante Eduardo Wandenkolk, marechal José de Almeida Barreto, Dr. Pinheiro Guedes, coronel João Soares Neiva, e deputados contra-almirante Dionísio Manhães Barreto, coronel Alfredo Ernesto Jacques Ourique, tenente-coronel Antônio Adolfo da Fontoura Mena Barreto, 1º tenente João da Silva Retumba, Dr. João da Mata Machado, Dr. José Joaquim Seabra, 1º tenente Domingos Jesuíno de Albuquerque, e cidadãos marechal José Clarindo de Queirós, marechal Antônio Maria Coelho, coronel Antônio Carlos da Silva Piragibe, tenente-coronel Gregório Taumaturgo de Azevedo, capitão-tenente Duarte Huet Bacelar Pinto Guedes, major Sebastião Bandeira, capitão Antônio Raimundo Miranda de Carvalho, capitão Felisberto Piá de Andrade, 1º tenente Bento José Manso Saião, alferes Carlos Jansen Júnior, Dr. Clímaco Barbosa, Dr. Egas Moniz Barreto de Aragão, Conde de Leopoldina, Antônio Joaquim Bandeira Júnior, José Elísio dos Reis, José Joaquim Ferreira Júnior, Inácio Alves Correia Carneiro, José Carlos do Patrocínio, Plácido de Abreu, José Carlos Pardal de Medeiros Mallet, Olavo dos Guimarães Bilac, Dr. Dermeval da Fonseca, Dr. Artur Fernandes Campos da Paz, Manuel Lavrador, José Carlos de Carvalho, Sabino Inácio Nogueira da Gama, Francisco Gomes Machado, Dr. Francisco Antônio de Almeida, Dr. Francisco Portela, capitão-tenente João

12/08/1893, concedido; da tripulação do navio Júpiter, de 02/09/1893, que também foi concedido; e do capitão-tenente reformado Huet Bacelar, também concedido, mas a ordem foi descumprida pelo Executivo da época.

Em ofício datado de 25/09/1894, o ministro da Guerra, Bibiano Sérgio Macedo da Fontoura Costallat, informava ao STF que o governo não mandaria soltar Huet Bacelar por ser medida “contrária a todas as leis e imemoriais estilos militares”⁹⁰. O tribunal, entretanto, não saiu ileso, por ter sustentado teses contrárias a Floriano Peixoto e sofreu forte pressão que deixaria marcas. Tornou-se famosa a frase do então presidente da República, proferida logo após a impetração do *habeas corpus* nº 300, em abril de 1892, perante o Supremo Tribunal

Nepomuceno Batista, 1º tenente Libânio Lins e capitão José Gonçalves Leite, uns detidos e outros desterrados por ordem do marechal vice-presidente da República, em razão dos acontecimentos que se deram nesta capital e determinaram a suspensão das garantias constitucionais, como foi declarado pelos Decretos de 10 e 12 do corrente mês, constantes dos documentos de fls. 138 e 139. Considerando que, pelo art. 30, § 1º, da Constituição Federal, compete ao presidente da República, no recesso do Congresso Nacional, a atribuição de declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira ou de comoção intestina, que coloque a pátria em iminente perigo, suspendendo-se por tempo determinado as garantias constitucionais; Considerando que durante o estado de sítio é autorizado o presidente da República a impor, como medida de repressão, a detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns e o desterro para outros sítios do território nacional; Considerando que estas medidas não revestem o caráter de pena, que o presidente da República em caso algum poderá impor, visto não lhe ter sido conferida a atribuição de julgar, mas são medidas de segurança, de natureza transitória, enquanto os acusados não são submetidos aos seus juízes naturais nos termos do art. 72, § 15, da Constituição; Considerando, porém, que o exercício desta extraordinária faculdade a Constituição confiou ao critério e prudente discricção do Presidente da República, responsável por ela, pelas medidas de exceção que tomar, e pelos abusos que à sombra delas possa cometer; Considerando que, pelo art. 80, § 3º, combinado com o art. 34, § 21, da Constituição, ao Congresso compete privativamente aprovar ou reprová-lo o estado de sítio declarado pelo Presidente da República, bem assim o exame das medidas excepcionais que ele houver tomado, as quais para esse fim lhe serão relatadas com especificação dos motivos em que se fundam; Considerando, portanto, que, antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que, também, não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo; Considerando que, ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende, salvo se unicamente tratar-se de punir os abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas, porque a esses agentes não se estende a necessidade do voto político do Congresso; Considerando, por outro lado, que não está provada a hora em que as prisões foram efetuadas, nem o momento em que entrou em execução o decreto que suspendeu as garantias constitucionais, o qual, pela sua natureza, não obedece às normas comuns da publicação, mas encerra implícita a cláusula de imediata execução, pouco importando que as prisões tenham sido realizadas antes ou depois do estado de sítio, uma vez que foram decretadas dentro dele, como consta do Decreto de 12 do corrente, à fl. 139; Considerando, finalmente, que a cessação do estado de sítio não importa, ipso facto, na cessação das medidas tomadas dentro dele, as quais continuam a subsistir, enquanto os acusados não forem submetidos, como devem, aos tribunais competentes, pois, do contrário, poderiam ficar inutilizadas todas as providências aconselhadas em tal emergência por graves razões de ordem pública;

Negam, por esses fundamentos, a pedida ordem de *habeas corpus*. Supremo Tribunal Federal, 27 de abril de 1892. - Freitas Henriques, presidente.”

Na mesma linha o HABEAS CORPUS Nº 415 (Ambos objetos de análise no livro BARBOSA, Rui. **Obras completas**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação. v XX, 1958, p. 353/358)

⁹⁰ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, tomo I, 1991, p. 51.

Federal: “Se os juízes do tribunal concederem o *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão.”⁹¹

Nos últimos *habeas corpus* concedidos, o presidente da República negou-se a acatar a decisão e adotou medida de retaliação: deixou de preencher vagas de aposentadoria de ministros do tribunal e, quando finalmente indicou alguém, foram nomes claramente provocativos, já que não tinham carreira jurídica: o médico clínico Barata Ribeiro, o general Innocêncio Galvão de Queiroz, o general Ewerton Quadros e o diretor-geral dos Correios Demóstenes Lobo, todos posteriormente rejeitados pelo Senado Federal.

Durante o Estado Novo, de Getúlio Vargas, o Supremo Tribunal Federal passaria por novo constrangimento institucional ao ter que aceitar posição de subordinação em relação aos demais poderes no que tange à sua prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de leis. O quadro institucional havia sido construído com a Constituição outorgada de 1937, a qual, em seu art. 96, previa que só pela maioria absoluta de votos os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do presidente da República. A violência à autoridade do STF viria com a redação do seu parágrafo único, que prescrevia que:

“[...] no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

O quadro era ainda mais dramático diante do fato de que o presidente Getúlio Vargas dissolvera o Parlamento em 10/11/1937, não convocando as novas eleições, como exigia o art. 178 da Constituição de 1937. Com isso, até que novas eleições fossem marcadas para 28/05/1945 (já para uma Assembleia Nacional Constituinte), o presidente governou por meio do art. 180 da “Polaca”, que estabelecia o “poder de expedir decretos-leis” enquanto o Parlamento Nacional não se reunisse. O sistema instituído pela Constituição de 1937 representava um claro retrocesso e mais uma investida feroz contra as atribuições do STF⁹².

O terceiro episódio que deixou marca indelével na história do tribunal ocorreu nos primeiros anos após o Golpe Militar de 1964. Após uma aparente calma na relação entre

⁹¹ Idem. **Op. cit.** p. 18 e 19.

⁹² “O órgão que, desde 1892 até 1937, mais falhou à República não foi o Congresso. Foi o Supremo Tribunal Federal. Grandes culpas teve, sem dúvida, o primeiro. Teve, porém, dias de resistência, de que saiu vitorioso ou tombou golpeado. (...) O Supremo Tribunal, erigido como supremo intérprete da Constituição e seu guarda supremo contra as tempestades do arbítrio, recuava, nos dias tempestuosos, de sua sagrada missão”. MANGABEIRA, João. **Rui: o Estadista da República**. Brasília: Senado Federal, 1999, p. 83 a 86. (Coleção Biblioteca Básica Brasileira).

o Supremo Tribunal Federal e o novo presidente Castelo Branco, os atritos começaram a aparecer tão logo a Corte se viu obrigada a julgar casos delicados de violações a direitos humanos contra o Regime Militar. A cada julgamento, a pressão interna entre os militares aumentava, bem como aumentava o desejo de descumpri-las ou de institucionalmente reduzir os poderes do STF. É dessa época, por exemplo, o julgamento do *habeas corpus* em favor do professor universitário Sérgio Cidade de Rezende, que abordava o tema da liberdade de expressão; do caso do governador Plínio Coelho, julgado em 04/11/1964; do caso do governador Mauro Borges, julgado em 23/11/1964; e do caso do governador Miguel Arraes, julgado em 19/04/1965 — todos *habeas corpus* deferidos contra o regime militar.

As ameaças à posição institucional do STF vindas de militares do regime, de parlamentares ligados ao Governo e de parte da imprensa escrita culminaram no famoso “caso das chaves”, pelo qual o então presidente do STF, ministro Ribeiro da Costa, teria ameaçado fechar o tribunal e entregar a chave do prédio na portaria do Palácio do Planalto. O pior resultado desse momento conturbado foi a edição do Ato Institucional nº 2, de 27/10/1965, que representou talvez a maior violência que o tribunal já sofrera em toda a sua história.

Com a nova medida arbitrária, o tribunal passou a ser composto por dezesseis ministros, como forma de neutralizar as correntes contrárias ao regime dentro do tribunal. Posteriormente, em continuação aos atos abusivos praticados, o Ato Institucional nº 6, de 01/02/1969, reduziu novamente o número de ministros de dezesseis para os anteriores onze. Nessa oportunidade, foram extintas as vagas dos ministros considerados opositores ao regime militar: ministros Evandro Cavalcanti Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal, além de Antônio Gonçalves de Oliveira e Antônio Carlos Lafayette de Andrada. Os três episódios são emblemáticos e representativos de um conjunto maior de investidas contrárias ao Supremo Tribunal Federal e que marcaram a sua história.

Demorou algum tempo ainda para que o Tribunal superasse a visão exageradamente cautelosa que moldou o seu perfil decisório nos anos 1970, 1980 e 1990, mesmo na vigência de um Estado de Direito. Durante esse período, uma das maneiras de não criar indisposição com o Poder Executivo foi inconscientemente reduzir a atuação da Corte para julgamentos meramente “técnicos” e formalistas, tentando extirpar todo conteúdo político, econômico e social dos julgamentos. Com isso, o Direito Constitucional definiu, como área de estudo da interpretação constitucional, e, naquilo que restou, foi equivocadamente

assemelhado com a lógica própria do Direito Civil⁹³. O maior quadro, portanto, sugeria a inexistência, em 1988, salvo algumas exceções, de um discurso próprio do Direito Constitucional, com autonomia e com independência. O que se tinha era incompatível com qualquer instituto político da Constituição que visasse à emancipação do cidadão como sujeito político de direitos.

Cumpre agora verificar qual era o tipo de pensamento constitucional que produzíamos às vésperas da Constituição de 1988. A falta de uma estabilidade constitucional, que equivocadamente relacionava Constituição a Governo, a tradição privatista de estilo de raciocínio jurídico transplantada para o Direito Público, a inexistência de um foro constitucional ou, em outras palavras, de uma sede para produzir informações e dados para o debate constitucional somam-se ao fato de que os 25 anos que antecederam à Constituição de 1988 envolveram um período de “exceção” sob a perspectiva dos estudos constitucionais.

O período militar não só representou uma época em que a Constituição Semântica foi empurrada para o seu sentido mais radical, que a Constituição de 1967 foi “revogada” por atos institucionais produzidos na linha ideológica da “revolução”, mas também o período em que mais se conspirou contra os direitos humanos, mais se rechaçou o Estado Democrático de Direito e mais se descumpriram os textos que protegiam o cidadão contra os abusos do Poder Público. O Brasil pré-Constituição de 1988 era a “terra arrasada” no sentido constitucional e no viés democrático. Pode-se afirmar que os atos institucionais, olvidando nominalismos, representavam o topo do ordenamento jurídico brasileiro, com a característica da insindicabilidade por via judicial ou qualquer outra. Observe-se um dispositivo ‘padrão que em todos os AI’s constava: “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

⁹³ As dificuldades quanto ao enraizamento do Direito Público talvez decorram da tradição francesa (que nos moldou no século XX), para a qual o Direito Público é sinônimo do Direito do Estado. Ou seja, (i) seria um Direito sem sujeito determinado e (ii) seria um Direito para proteger o cidadão contra o Estado opressor. Houve até uma iniciativa de engatar novamente a preocupação globalizante quando, na década de 90, Bernard Schlink tentou criticar o modelo do Direito "principiológico" inaugurado nos Tribunais pelo caso *Liith* e que rapidamente se transformou em material de exportação alemão. O Direito Privado é um Direito mais consolidado exatamente porque, na sua gênese, foi orgânico. Nasceu espontaneamente e se consolidou com mais de 2 mil anos de prática. É um Direito tradicional e conservador. O Direito Público, em contrapartida, tem essa vertente revolucionária. A tradição privatista de estilo de raciocínio jurídico transplantado para o Direito Público pode ser verificada a partir de três vertentes: (i) o Direito Público subjetivo é uma corruptela do "Direito Subjetivo" do Direito Privado; (ii) a personalidade jurídica do Estado é uma adaptação deformada da personalidade jurídica das empresas e das associações (é a própria ideia de ficção); (iii) a responsabilidade do Estado que também é baseada na Teoria Geral da Responsabilidade do Direito Privado.

Não seria difícil supor que essa lacuna institucional produziria também um assustador vácuo discursivo do Direito Constitucional, que se somaria a uma tradição civilista de produção no Direito Público. Essa tradição, seguindo o caminho dos estudos de Direito Privado, tinha um forte apelo no Direito Comparado. Autores estrangeiros, obras produzidas para terem sentido em outros contextos e textos constitucionais (de cunho normativo) davam a pauta do discurso e dos debates do Direito Público no Brasil.

É impactante a influência do Direito Público ou “direito político” francês, alemão e italiano nos livros de Direito Constitucional no país. Foram e são especialmente famosos e lidos — não como fonte histórica do conhecimento que já se produziu no campo do Direito Público, mas como fonte doutrinária de Direito Constitucional atual — os franceses *Prélot, Duguit, Malberg e Hauriou*; os alemães *Alexy, Häberle, Laband, Anschütz, Heller, Kelsen, Schmitt e Jellinek*; e os italianos *Santi Romano, Biscaretti di Ruffia, Ranelletti, Mortati, Crisafulli e Virga*.

Além disso, nunca é demais lembrar que a nossa própria formatação institucional também era, desde a Proclamação da República, cópia do sistema político americano. De fato, Rui Barbosa, o “construtor da República” e elaborador da Constituição de 1891, era um estudioso da organização das instituições nos Estados Unidos. A importação do modelo americano não se limitou ao federalismo (art. 1º da Constituição de 1891): ao bicameralismo no Poder Legislativo (art. 16, § 1º), ao controle de constitucionalidade (art. 59, § 1º, “a” e “b” — muito embora o Brasil tivesse objetivo totalmente diferente do sistema americano), ao presidencialismo (art. 41), ao poder de veto do presidente (art. 37, § 1º), ao *impeachment* (art. 53), à nova conformação do Supremo Tribunal Federal (art. 59) e à imunidade tributária recíproca (art. 10), sem falar no próprio nome do País (“República dos Estados Unidos do Brasil”, constante do próprio nome da Constituição) e na declaração de direitos (art. 72).

A importação de modelos nunca foi uma exceção no Brasil, mas, ao contrário, sempre foi entendida como sinal de maturidade no campo institucional e sinal de erudição e competência acadêmica no campo estritamente jurídico. Nesse contexto, Ingo Sarlet reconhece expressamente esse “método” de interpretação do Direito Constitucional quando introduz seu importante estudo sobre direitos fundamentais:

“No que diz com o método utilizado, perceberá o leitor explícita predileção pelo recurso ao Direito (constitucional) Comparado, cuja importância chega a ser tal nos dias atuais que há quem o considere até mesmo autêntico método de interpretação (Häberle). Se isto já se justifica relativamente a qualquer ramo da

ciência jurídica, assume caráter virtualmente cogente na esfera do Direito Constitucional, no qual cada vez mais trabalhamos com categorias de cunho universal [...]”⁹⁴

A afirmação do professor do Rio Grande do Sul traz duas ideias importantes: a eficácia cogente do Direito Comparado e a existência de categorias universais do Direito Constitucional. Entretanto, de fato, parece ser quase uma heresia a crítica ao modelo “cogente” de leitura do Direito Comparado, tal é a incidência em nosso sistema dos institutos de experiências estrangeiras. Por outro lado, autores estrangeiros importantes na formatação de nosso discurso constitucional são defensores do uso do Direito Comparado como método, a exemplo de Häberle, para quem a comparação é o “quinto e indispensável método de interpretação”⁹⁵.

Outro exemplo da “mentalidade” que alimentou as teorias importadas pelos constitucionalistas brasileiros está bastante claro em Konrad Hesse, jurista alemão que também causou grande impacto no Brasil. A busca por uma racionalidade que trouxesse segurança não foi a única inspiração no trabalho teórico dos constitucionalistas continentais. Era preciso também que o novo modelo funcionasse como um discurso de “verdade” e que, por meio dele, o jurista obtivesse uma resposta “correta” para um problema. O processo de interpretação constitucional, nessa linha, não poderia ter traços subjetivos ou discricionários, mas deveria ser enquadrado nos limites ilusórios da razão objetiva. Destaque-se a opinião do ex-professor de Freiburg⁹⁶:

“O objetivo da interpretação é chegar ao resultado constitucionalmente ‘correto’ através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável, e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão. Pois bem, hoje em dia, esse objetivo acha-se menos alcançado do que nunca. Tanto na jurisprudência como em amplos setores da doutrina, o mesmo positivismo que permanece acrítico e tão inconsequentemente praticado quanto os esforços para superá-lo pelo recurso acrítico a ‘valores’, provocou crescente insegurança”.

No centro da perspectiva pós-1988, funcionando como um motor a projetar um novo paradigma discursivo para o Direito Constitucional, está o que se convencionou chamar

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, p. 25.

⁹⁵ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. (Serie Doctrina Jurídica, n. 47), p. 162.

⁹⁶ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP.), p. 103.

de “teoria geral dos direitos fundamentais”, para os germanistas, e, mais atualmente, como “neoconstitucionalismo”, para os leitores dos espanhóis e italianos. Na justificativa de seus principais defensores e elaboradores, não se trataria apenas da identificação de novos procedimentos de interpretação ou da indicação de novas técnicas ou de procedimentos para o “bom decidir”, para a formação de um “juízo proporcional” acerca dos problemas constitucionais. A teoria geral dos direitos fundamentais seria, na realidade, uma nova forma de se considerar e valorar tais direitos de maneira a redefinir a estrutura do Estado Democrático de Direito: uma revolução por meio da atividade judicante e dos “operadores do direito”.

A dependência das referências definitivas do Direito Comparado encaixou-se nas perspectivas e necessidades de nosso discurso jurídico no início do século XX e perdura, com ainda mais força, no início do século XXI. Há duas razões, não exaustivas, que poderiam ser aqui indicadas.

Em primeiro lugar, o uso do Direito Comparado como fonte privilegiada de Direito elitiza o discurso, torna-o inacessível a uma infinidade de pessoas e, assim, traz prestígio e senso de cientificidade. É, em outras palavras, uma maneira simples de demonstrar erudição e autoridade e, desse modo, evitar os inconvenientes gerados por um processo aberto e franco de debate concreto e contingente acerca dos problemas jurídicos e políticos. Ao nomear um exemplo do Direito Comparado, uma série de pontos de vista “impróprios” passa a ser afastada já em seu nascedouro e o intérprete não assume a responsabilidade de ser imaginativo e criativo na propositura de uma solução viável e condizente com a nossa realidade diante de um problema polêmico. É nesse momento que a abstração e a teorização, típicas da visão de importação de modelos, sufocam a compreensão histórica e circunstancial de experiências institucionais vividas. Esse quadro de elitização do discurso casa, com perfeição, com a herança do bacharelismo jurídico que remontava a meados do século XIX.

Em segundo lugar, a “natureza” transcendente do Direito Comparado acua, frequentemente, os juristas que se valem de seu conhecimento para oxigenar os debates internos e trazer um amálgama maior de experiências para informar as opções hermenêuticas intrínsecas. O Direito Comparado, desde quando se tornou “Ciência”, especialmente a partir de 1900, não surgiu gratuitamente. A ele se associa, de maneira indelével, uma *ideologia*, doutrina essa que exalta o *universalismo*⁹⁷, qual seja, a exortação da ideia de que o caminho da evolução jurídica no mundo passa necessariamente pela uniformização de procedimentos, de valores e de princípios jurídicos que não necessariamente têm relação com as contingências e com as

⁹⁷ ABBOUD, Georges. **Constitucionalismo Global**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 63 e ss.

situações particulares de cada experiência nacional. Será desenvolvida nesta tese a análise de dois exemplos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos quais houve a importação de modelos de soluções que foram pensados para outras realidades, de modo que no primeiro caso, houve uma eficaz aplicação da dignidade da pessoa humana e restrição da liberdade de expressão e, no segundo caso, olvidou-se o contexto de miscigenação brasileiro e aplicou-se realidade norte-americana.

Nesse tom, será objeto de estudo o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do **HC nº 82.424**, o caso *Ellwanger*, que em 2023 completa 20 anos, mas que permanece atual, por meio do qual se confiscou livro revisionista/negacionista em relação ao Holocausto e se determinou a prisão do autor, ampliando o conceito de raça para poder abarcar os judeus, tipificando a escrita do livro dentro da hipótese da prática do crime de racismo. Nesse contexto, houve a importação de modelo aplicado em outra realidade, Alemanha, com pretensões de universalidade, baseado na censura prévia de conteúdo relacionada ao antissemitismo. Para realizar um estudo sobre o julgado da Corte Constitucional, faremos uma análise de como se deu o Holocausto, além de verificar os principais julgados mencionados no acórdão relacionados ao tema da liberdade de expressão, tanto nos EUA e na Alemanha. Ao final, objetiva-se concluir que a Suprema Corte agiu de maneira adequada ao aplicar o modelo alemão de percepção mais restritiva sobre obras de caráter antissemita.

Por outro lado, aponta-se uma má aplicação do Direito Comparado no que concerne ao princípio da igualdade, a partir do julgamento da **ADPF 186**, por meio da qual se adotou o modelo de cotas raciais na linha do que decidido outrora pela Suprema Corte norte-americana no caso *Regents of University of California vs Bakke* (1978) (ainda que por curto lapso de tempo).

Ao adotar o modelo alhures, o STF ignorou o fato de que, nos EUA, antes da adoção da política de ações afirmativas, houve por mais de um século, a instituição de uma política de segregação institucionalizada e que, portanto, não se formou a categoria de mestiços. Houve a edição de norma antimiscigenação (*Virgínia's act de 1924*) e por tal motivo não houve a formação de uma população miscigenada. A identidade norte-americana, por lei, era baseada na dualidade do *branco vs preto* e a identificação de quem era o que se lastreava no critério da gota de sangue (*one drop rule*), ou seja, pela ancestralidade. Evidentemente, em um país em que não há mestiços, não há dúvida depois sobre quem serão os beneficiários da medida, pois estes já foram perfeitamente identificados tempos atrás.

Todavia, como distribuir esse tipo de benefício em um país altamente miscigenado como o Brasil? Como fazer esse tipo de divisão de direitos na tênue diferença entre o pardo claro e um branco em um país largamente mestiço? O STF não enfrentou o tema da miscigenação, ignorou o insolúvel problema relacionado à inserção do pardo e à forma de implementação da política no Brasil de maneira justa, deixando de considerar que iria colocar em xeque a identidade parda e mestiça. As comissões de heteroidentificação, autorizadas posteriormente, por meio da ADC 41, não só violam a previsão inserida na Convenção 169/OIT, que fala que a identidade somente pode ser autodeclarada, como ofendem a própria decisão do STF na ADPF 4275⁹⁸, que acertadamente reconhece que identidade só pode ser subjetiva. Assim, se observa que a Corte Constitucional, em vez de agir de maneira pragmática, decidindo a partir de nosso povo, diante de nossos paradigmas, nossos mitos de formação identitários e nossa história, preferiu se apegar a um modelo importado de Direito Comparado norte-americano, em vez de, por exemplo, ser mais criativo e original, neopragmatista⁹⁹ e criar e/ou ampliar, por exemplo, as cotas sociais, efetivando, por exemplo, ações afirmativas à brasileira, por meio de critérios objetivos, como renda mínima e haver estudado em escola pública, como forma de integrar os afrodescendentes que mais precisam da ajuda estatal, já que 75% dos pobres no Brasil são negros¹⁰⁰.

Parte III — ANÁLISE DOS CASOS EM QUE O STF APLICOU O DIREITO COMPARADO NO BRASIL

3.1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO COMPARADO - O CASO ELLWANGER – HC 82.424

⁹⁸ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

⁹⁹ Nessa linha, o professor Georges Abboud fala da importância de um controle de constitucionalidade menos repressivo e verticalizado e mais dialogado, cooperativo. ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 648 e ss.

¹⁰⁰ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/11/13/percentual-de-negros-entre-10-mais-pobre-e-triplo-do-que-entre-mais-ricos.htm>. Acesso em: 08 MAIO 2023.

Uma das mais importantes decisões do STF envolvendo a liberdade de expressão e a importação de um modelo de julgamento foi o caso *Ellwanger* (HC nº 82.424), um dos principais casos, se não o principal, já julgado pela Corte Constitucional em termos de direitos fundamentais. O embate foi exemplar na Corte, a envolver livro difamatório relacionado ao povo judeu¹⁰¹. Completando 20 anos do julgamento do caso Ellwanger, a discussão permanece bastante atual, ainda mais considerando o aumento de células neonazistas no Brasil.

Dados colhidos pela antropóloga Adriana Dias, apontam que em 2019 havia 334 células neonazistas no Brasil, número que subiu para 530 em 2021, representando um aumento de quase 60% em dois anos¹⁰². Margaret Atwood apontou para os *sinais de alerta* que tornam um povo suscetível à demagogia e à manipulação política, transformando-os em presa fácil para déspotas: a substituição da razão pela emoção, a pouca importância conferida aos fatos, para além da corrosão da linguagem¹⁰³. Os indivíduos, presos em suas esferas e protegidos pelo filtro de seus grupos, vêm perdendo completamente a noção da realidade compartilhada socialmente, bem como a habilidade de se comunicar com outras pessoas que possuam opiniões diferentes. Perde-se o diálogo produtivo entre tribos distintas, predominando o desprezo, a raiva, a agressividade, a ignorância, a intolerância, a falta de paciência, a pouca abertura para conversa, enfim, muito embora o Holocausto já tenha chegado ao fim, continuamos vivenciando tempos estranhos e sinistros. Há corrosão da democracia, da liberdade de pensamento e da liberdade de expressão, potencializada pelo fato de que, a todo momento, surgem episódios de racismo e ameaças de censura, de prisão, de cancelamento nas redes sociais, bem como de exclusão de contas nas referidas redes, o que reduz drasticamente a participação do sujeito na esfera pública do debate, já que os meios de comunicação estão com reduzida credibilidade¹⁰⁴.

¹⁰¹ Sobre o que vem a ser o *judeu*, o rabino Henry I. Sobel - Presidente do Rabinato da Congregação Israelita Paulista -, em conferência proferida na Igreja Presbiteriana do Jardim das Oliveiras, em 15 de fevereiro de 1998, a propósito, observa: “Existem judeus de toda espécie: brancos e negros, orientais e ocidentais, falando uma infinidade de idiomas diferentes. Mesmo assim, os judeus se consideram verdadeiros irmãos, unidos por fortes laços de afinidade, laços estes talvez mais místicos do que racionais. Os historiadores e sociólogos nunca conseguiram enquadrar os judeus em nenhuma das categorias convencionais. ***Os judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica***; tampouco são apenas adeptos de uma mesma religião, embora certamente professem a religião judaica; também não se pode descrevê-los unicamente como ‘nação’, embora a identidade judaica tenha indubitavelmente um componente de caráter nacional. O problema é geralmente resolvido através do termo povo”. Trecho extraído do voto do Ministro Moreira Alves no HC 82.424/STF.

¹⁰² Entrevista com a DIAS, Adriana. Disponível em: [ENTREVISTA: O movimento neonazista no Brasil e a ligação com Bolsonaro |CAMA DE GATO - YouTube](#). Acesso em: 26 SET 2022. A maior quantidade de células atualmente no Brasil se encontra nos estados de São Paulo e de Santa Catarina. Ver mais em <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/santa-catarina-multiplicacao-celulas-neonazistas/> Acesso em: 23 JUN 2023.

¹⁰³ ATWOOD, Margaret. My Hero: George Orwell. The Guardian, 18 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/books/2013/jan/18/my-hero-george-orwell-atwood>. Acesso em: 26 SET 2022.

¹⁰⁴ Nesse tom: “nos últimos anos, diversos países de todos os cantos do mundo foram acometidos por uma espécie de nacionalismo de extrema-direita. A lista inclui Itália, Rússia, Hungria, Polônia, Índia, Turquia e Estados Unidos.

Tratou-se de Habeas Corpus impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça por meio do qual, indeferida a ordem, prevaleceu a condenação imposta ao paciente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, negando-se o afastamento da imprescritibilidade, porque enquadrado o crime praticado como de racismo.

A denúncia que deu origem à ação penal calcou-se na imputação ao paciente do crime de racismo – artigo 20, caput, da Lei nº 8.081/90. Confira-se:

Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

Na visão do TJRS e STJ, o paciente editara e havia distribuído obras de autores brasileiros e estrangeiros com mensagens antissemitas, visando a incitar e a induzir a discriminação racial, semeando nos leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica. Em primeira instância, o pedido formulado pelo Ministério Público foi julgado improcedente, consignando-se, em sentença, o exercício da liberdade de expressão. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proveu o recurso do Ministério Público, condenando o paciente à pena de reclusão de dois anos, com *sursis* por quatro anos e a destruição do material apreendido, ficando o acórdão assim ementado:

RACISMO. Edição e venda de livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada.

No Superior Tribunal de Justiça, a impetração de *habeas* não frutificou.

Eis a ementa do acórdão:

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. PRÁTICA DE RACISMO. EDIÇÃO E VENDA DE LIVROS FAZENDO APOLOGIA DE IDÉIAS PRECONCEITUOSAS E DISCRIMINATÓRIAS. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SE TRATAR DE PRÁTICA DE RACISMO, OU NÃO. ARGUMENTO DE QUE

A tarefa de generalizar em torno de tal fenômeno é sempre problemática, já que o contexto de cada país é sempre único. Mas essa generalização é necessária agora. Escolhi o rótulo ‘fascismo’ para qualquer tipo de ultranacionalismo (étnico, religioso, cultural), no qual a nação é representada na figura de um líder autoritário que fala em seu nome”. STANLEY, J. **Como funciona o fascismo: a política do “nós” e “eles”**. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 7.

OS JUDEUS NÃO SERIAM RAÇA. SENTIDO DO TERMO E DAS AFIRMAÇÕES FEITAS NO ACÓRDÃO. IMPROPRIEDADE DO *WRIT*. LEGALIDADE DA CONDENAÇÃO POR CRIME CONTRA A COMUNIDADE JUDAICA. RACISMO QUE NÃO PODE SER ABSTRAÍDO. PRÁTICA, INCITAÇÃO E INDUZIMENTO QUE NÃO DEVEM SER DIFERENCIADOS PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE RACISMO. CRIME FORMAL. IMPRESCRITIBILIDADE QUE NÃO PODE SER AFASTADA. ORDEM DENEGADA.

I. O *habeas corpus* é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito – se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito dos judeus – se os mesmos seriam uma raça, ou não – tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária efetivamente “quis dizer” nesta ou naquela afirmação feita no *decisum*.

II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.

III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração.

IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado.

V. Ordem denegada.

Em importante voto, o ministro Carlos Ayres Britto, ao considerar o princípio da liberdade de expressão e os parâmetros da impetração, fez ver:

94. Ao cabo de cuidadosa e até mesmo penosa leitura do livro do escritor-paciente, tanto na primeira quanto na última edição (o estilo redacional do autor é pouco atraente, devo dizê-lo, e a distribuição dos temas se me afigurou um pouco baralhada), convenci-me de que ele tentou produzir uma obra objetivamente convincente. Esforçou-se por transitar no puro domínio das ideias e se valeu de farto material de pesquisa: livros, revistas, jornais, filmes, documentários, entrevistas, fotos, mapas, etc., com indicação das respectivas fontes (contei 86 citações, entre livros e artigos, 16 jornais, 8 revistas e 2 agências de notícias).

(...)

97. A meu juízo, o de que se pode acusar o autor-paciente é de sobrepor a sua ideia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador. Não que ele quisesse fugir dessa imperiosa neutralidade. Mas que não tinha como a ela se apegar ou circunscrever, por já se encontrar profundamente marcado por essa deformação conceptual que timbra o pensamento de todo aquele que se aferra a uma determinada ideologia. Daí que ele, escritor e paciente, faça da

sua história de vida pessoal um eterno esforço por demonstrar que as coisas não se passaram como na explicação dos Estados vencedores.

98. Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropele de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5º).

99. Esse respaldo jurídico também decorre da “Lei de Imprensa” (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), conforme a seguinte expressão vocabular:

“Art. 27. Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação:

I - a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

(...)

IX - a exposição de doutrina ou idéia.”

100. O mesmo calço jurídico-positivo ainda se vê no corpo da chamada “Lei de Segurança Nacional”, cujo art. 22, § 3º, assim dispõe:

“Art. 22. Fazer, em público, propaganda:

(...)

§ 3º - Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas.”

Asseverou haver analisado minuciosamente a obra de autoria do paciente e

concluiu:

102. Com efeito, a obra do paciente é toda ela repassada de denúncias contra o espírito beligerante daqueles Estados vencedores e também dos seus principais líderes, à época (de modo especial **Winston Churchill**, desancado a mais não poder). Assim como fervilha de ressentimentos contra o Sionismo, que ele faz questão, do início da obra ao respectivo fim, de distinguir do povo judeu como um todo. Confira-se:

I - “Qualquer citação sobre Sionismo ou referências sobre judeus internacionais não deverá ser considerada contra as pessoas que professam a religião judaica, que residem e trabalham pacificamente conosco e que cada vez menos aprovam os atos dos primeiros, por deixá-los em constante preocupação” (*“Prefácio” da 1ª edição, p. 10*);

II - “Muitas das referências indicadas neste livro são contra o sionismo que, conforme o homem que acionou a chave da segunda guerra mundial, o primeiro ministro Neville Chamberlain, foi o responsável pelo sangrento conflito, pelas pressões exercidas através da imprensa internacional e sobre elementos ligados ao governo britânico, norte-americano e anteriormente todos os países do mundo. Este

livro nada tem a ver com os praticantes da religião judaica, que trabalham e lutam conosco e que consideram o BRASIL como sua única pátria, pois não é aceitável uma dupla nacionalidade” (*“Esclarecimentos Finais”*, p. 306 da última edição do livro (29ª edição);

III - “Uma parcela cada vez maior de judeus praticantes está em completo desacordo com o movimento sionista mundial. Isso deve estar ocorrendo em vista das mortes e desgraças ocasionadas, entre os quais se destacam os palestinos, egípcios, libaneses, sírios, jordanianos, iraquianos, iranianos, israelitas, norte-americanos, soldados das mais diversas nacionalidades, pertencentes à ONU, etc.” (*“Esclarecimentos Finais” da 29ª edição*, p. 309).

103. Tudo isto é confirmado pela própria defesa judicial de 1ª instância, na qual se lê: “O acusado jamais praticou e jamais praticará qualquer ato de racismo contra quem quer que seja. E, do mesmo modo, jamais há de servir de âncora ao induzimento ou à incitação de prática tão nefasta. Seu objetivo é o revisionismo histórico, o debate intelectual, e, no tocante à questão judaica, o combate ao sionismo

Então, veio a deferir a ordem. No mesmo sentido, votou o ministro Marco Aurélio, pela liberdade de expressão. O ministro Moreira Alves, em sua derradeira participação na Corte Constitucional, deferiu a ordem, mas sob o argumento de que os judeus não formavam uma raça, logo, contra eles não poderia haver prática de crime de racismo.¹⁰⁵

Os demais ministros foram a favor da proibição da obra e da prisão do impetrante alegando a prática do crime de racismo, tecendo considerações especialmente sobre o conceito de raça e sobre o princípio da proporcionalidade. O livro foi então proibido e o paciente preso por ter cometido crime imprescritível. Para tanto, os ministros se utilizaram da jurisprudência de Direito Comparado, especialmente do Direito Alemão.

3.2 - WO ES WAR, SOLL ICH WERDEN¹⁰⁶. TRADUZINDO O INDIZÍVEL: A HECATOMBE MORAL E CIVILIZACIONAL DO HOLOCAUSTO. NÃO HÁ ESTÓRIA MAIS DIFÍCIL DE SER CONTADA EM TODA A HISTÓRIA DA HUMANIDADE

Antes de iniciarmos a análise do tema sob o enfoque da liberdade de expressão e do conceito de raça, neste tópico, pretende-se delinear alguns dos motivos que levaram a civilização europeia à implementação do Holocausto.

¹⁰⁵ Há inúmeros textos, como o livro de Alain F Corcos. **The myth of Jewish race**. Lehigh university press. Bethlehem, 2005 que procuram demonstrar que inexistente uma raça judaica, mas evidentemente tal não invalida a possibilidade desse grupo ser vítima de preconceito e racismo.

¹⁰⁶ “O que era inconsciente, tornar-se ego”. FREUD, Sigmund. Novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos. In: **P. C. Souza. Edição Obras Completa de Sigmund Freud** (Vol. 18, pp. 90-223). Rio de Janeiro: Imago, 2010, p. 87.

Propõe-se, inicialmente, tentar conferir sentido à inconcebível metodologia engenhosa e burocrática que foi implementada como forma de extermínio, justamente em um momento no qual se comemorava o suposto auge da civilização e da razão humanas, como era exemplo a dialética do esclarecimento da Escola de Frankfurt. Importante tecer tais considerações para que a análise quanto ao julgamento realizado pelo STF quando do caso Ellwanger não se confunda com desconhecimento do que foi o Holocausto. Do contrário, tem-se consciência do horror que a humanidade foi capaz de provocar e, nesse sentido, concorda-se com Adorno, quando este disse que depois de Auschwitz, não há mais espaço para qualquer poesia¹⁰⁷.

Parte-se de paradigma peculiar ao da historiografia tradicional, no sentido de compreender que não foram sádicos, psicopatas ou perversos quem praticaram tais barbaridades, muito embora dentre esses possa ter havido alguns, mas sim, em sua larga maioria, a maldade foi exercida por seres humanos comuns e ordinários que assim agiram em respeito à crença relacionada ao dever moral do imperativo categórico¹⁰⁸: a lealdade ao superior e a submissão ao Estado. Em outras palavras, o horror foi praticado pelo homem médio, que obedece, que não questiona, que perde a individualidade, que carece de espontaneidade e que não se encontra psicologicamente consciente de si, provavelmente envolto dentro da massa. Em suma, aflorou na sociedade da época esse tal “homem do dever”, ou “assassino de gaveta”¹⁰⁹ tornando-se o epicentro da monstruosidade, que precisa ser analisada para que não seja reproduzida por futuras gerações.

No sentido mais amplo do progresso do pensamento, esclarecer os condicionamentos e os motivos das condutas humanas tem sido um dos grandes objetivos

¹⁰⁷ “A crítica cultural encontra-se diante do último estágio da dialética entre cultura e barbárie: escrever um poema após Auschwitz é um ato bárbaro, e isso corrói até mesmo o conhecimento de por que hoje se tornou impossível escrever poemas” ADORNO, Theodor. **Crítica cultural e sociedade**. Prismas. Trad.: Augustin Wernet e Jorge Mattos Brito de Almeida. São Paulo: Ática, 1998. p. 26.

¹⁰⁸ KANT, Immanuel. **Crítica à Razão Pura**. 3ª edição. São Paulo: Ícone, 2021. De acordo com Kant, o imperativo categórico poderia ser compreendido como a possibilidade de universalizar as formas de agir e de refletir, além das intenções que precedem as ações. Portanto, Kant objetiva eliminar como inválidas todas as normas que 'contradizem' essa exigência do Imperativo Categórico. HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 84. Complementa Chapoutot: “O fato surpreendeu todo mundo, especialmente os magistrados e filósofos. Hannah Arendt, que assiste a algumas audiências do processo em 1961 como correspondente de um grande jornal americano, nota o espanto do juiz assistente Raveh, retomando as declarações de Eichmann à polícia israelense durante o interrogatório. Eichmann havia declarado, “ênfatizando bem as palavras, que vivera toda a sua vida de acordo com os preceitos morais de Kant, e particularmente segundo a definição de dever enunciada por Kant”. CHAPOUTOT, Johann. **A revolução cultural nazista**. Rio de Janeiro: Da Vinci, 2022, p. 104 e 105.

¹⁰⁹ ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém. **Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

civilizatórios ao longo dos tempos para livrar os indivíduos do medo de repetir os erros, para além de investi-los na posição de senhores de si mesmos¹¹⁰.

Muito embora tanto já se tenha falado acerca das barbaridades cometidas na Europa nazista, a pouca consciência que se tem em relação às circunstâncias que, somadas, resultaram no *modus operandi* do Holocausto reforça a exigência de que somente por meio da educação — iniciada na tenra infância —, da pesquisa sobre os elementos constitutivos da barbárie¹¹¹ e da construção de memória específica sobre o tema poderemos tentar evitar que monstrosidades semelhantes voltem a acontecer, o que dependerá do estado de consciência ou de inconsciência que as pessoas consigam efetivamente ter sobre seus impulsos destrutivos, preconceitos, indiferenças e aversões cotidianas. Como afirma Adorno, a exigência para que Auschwitz não se repita é a primeira de todas para a educação¹¹². Relevante destacar que vários outros grupos, embora menos “visíveis” como os ciganos, foram objeto da mesma brutalidade.

Pode-se, então, analisar o fenômeno de como se constrói a alienação surreal coletiva a partir do paradigma da psicologia de massas, que é um ramo da psicologia social que observa de que modo o indivíduo age quando está inserido em uma multidão, além de verificar o que propriamente conduz o ser humano a se reunir em grandes grupos que compartilham ideias e sentimentos¹¹³, situação que se caracteriza por as pessoas nela inseridas agirem sugestionadas, em obediência aos seus líderes, em face das expressivas provas de fanatismo, apatia, abnegação, repetição de discursos fantasiosos neuroticamente persecutórios e de dedicação que demonstram ao seguir o pensamento do guia, por mais esotérico, extravagante e absurdo que seja.

A expressão "grandes grupos", para a Psicanálise, dirige-se ao conjunto de membros que se reúnem para analisar certo problema. Quando o objetivo almejado pelo "grande grupo" é genérico, vago e desestruturado, o grupo regride. Na ocasião, detecta-se crescente ansiedade, caos e pânico entre os membros. Para escaparem do estado de desespero e de

¹¹⁰ HORKHEIMER, ADORNO. **Dialética do Esclarecimento**. Tradução: Guido Antônio de Almeida, 21ª reimpressão, Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 21. “O sono da razão produz monstros”. GOYA (1797 – 1799).

¹¹¹ Ver em CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. **Dez Mitos sobre os Judeus**. 2ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: ateliê editorial, 2019, p. 9 e ss.

¹¹² ADORNO, Theodor W. **Educação e Emancipação**. Tradução: Wolfgang Leo Maar. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022, p. 129. Assevera: “Dentre os conhecimentos proporcionados por Freud, efetivamente relacionados inclusive à cultura e à sociologia, um dos mais perspicazes parece-me ser aquele de que a civilização, por seu turno, origina e fortalece progressivamente o que é anticivilizatório. (...). Se a barbárie se encontra no próprio princípio civilizatório, então pretender se opor a isso tem algo de desesperador”. Op. cit. p. 129 e 130. Sobre Auschwitz, ver em REES, Laurence. **Auschwitz. The Nazis & The Final Solution**. London: BBC Books, 2005.

¹¹³ Importante destacar que o estudo irá se fundamentar a partir da teoria da psicologia de massas. Na História das Relações Internacionais, todavia, de matriz francesa, Renouvin e, depois, Duroselle, denominavam os ódios civilizacionais como “forças profundas” que, manietadas por líderes, poderiam servir para agendas políticas. ANDERS, Günther. **Nós, filhos de Eichmann**. Tradução Felipe Catalani. São Paulo: Elefante, 2023, p. 44 e ss.

angústia, passam então a demonstrar traços paranoicos e narcisistas, com base em mecanismos mentais primitivos¹¹⁴.

Sócrates explica, na República de Platão¹¹⁵, que as pessoas não são naturalmente levadas ao autogoverno. Ao revés, os indivíduos almejam ter um líder forte para seguir. Com efeito, a ação inconsciente das massas que substitui a atividade consciente dos indivíduos é uma das principais características da era atual. Muito embora os grupos reunidos tenham sempre desempenhado função relevante no cotidiano dos povos; esse papel nunca havia sido considerado tão importante. Ordinariamente, a massa é uma congregação de pessoas aleatórias, reunindo pessoas independente de suas crenças, cultura ou sexo. A denominação massa psicológica, entretanto, refere-se ao conjunto de seres que se reúnem com o propósito de alcançar finalidade coletiva. A partir da formação desse agrupamento, percebe-se o paulatino definhamento da consciência e os sentimentos, as vontades e as ideias passam a ser comandados e dirigidas por um inconsciente coletivo. Em sua obra *Psicologia das Massas*, LE BON,

¹¹⁴ VOLKAN, Vamik D. Psicodinâmica da violência de grandes grupos e da violência de massas. In: **Ciência & Saúde Coletiva**, 11 (Sup): 1199-1210, 2007. Freud, na psicologia das multidões, afirma que: “o indivíduo que faz parte de um grupo adquire, unicamente por considerações numéricas, um sentimento de poder invencível que lhe permite render-se a instintos que, estivesse ele sozinho, teria compulsoriamente mantido sob coerção. Ficará ele ainda menos disposto a controlar-se pela consideração de que, sendo um grupo anônimo e, por consequência, irresponsável, o sentimento de responsabilidade que sempre controla os indivíduos, desaparece inteiramente”. FREUD, S. Totem e Tabu e outros trabalhos. In: **E.S.B.**, v.12., Rio de Janeiro, Imago, 1969, p. 36. Também LE BON, Gustave. **Psicologia das Multidões**. São Paulo: WMF Editora Martins Fontes, 2019. Freud complementa: “basta-nos dizer que na massa o indivíduo está sujeito a condições que lhe permitem se livrar das repressões dos seus impulsos instintivos inconscientes. As características aparentemente novas, que ele então apresenta, são justamente as manifestações desse inconsciente, no qual se acha contido, em predisposição, tudo de mau da alma humana. Não é difícil compreendermos o esvaecer da consciência ou do sentimento de responsabilidade nestas circunstâncias. Há muito afirmamos que o cerne da chamada consciência moral consiste no ‘medo social’ pelo simples fato de pertencer a uma massa, o homem desce vários degraus na escala na civilização. Isolado, ele era talvez um indivíduo cultivado, na massa é um instintivo, e em consequência um bárbaro. Tem a espontaneidade, a violência, a ferocidade, os entusiasmos e os heroísmos dos seres primitivos”. FREUD, Sigmund. Obras Completas. Volume 15. **Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos**. 1920 – 1923. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras 2011, p. 15. BAUMAN alerta "culpar os imigrantes" estrangeiros e recém-chegados, e particularmente estrangeiros recém-chegados por todos os aspectos da doença social (e acima de tudo pelo nauseante e desabilitante sentimento de *Unsicherheit, incertezza, precarité*, insegurança) está se tornando rapidamente um hábito global. Nas palavras de Heather Grabbe, diretora de pesquisa do Centro para a Reforma Europeia, "os alemães culpam os poloneses, os poloneses culpam os ucranianos, os ucranianos culpam os quirguizes, que por sua vez culpam os usbeques", enquanto países pobres demais para atrair vizinhos em busca desesperada por meios de sobrevivência, tais como Romênia, Bulgária, Hungria ou Eslováquia, direcionam seu ódio aos habituais suspeitos e culpados de plantão: aquelas pessoas do lugar mas em constante mudança, sem endereço fixo, e assim sempre e onde quer que estejam ‘recém-chegadas’ e forasteiras: os ciganos”. BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido. Sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 58.

¹¹⁵ PLATÃO. **A República**. São Paulo: Lafonte editora, 2017, p. 238.

polímata inspirador de Freud, destrinchou os três elementos necessários para formação das distintas características de uma massa psicológica: contágio, anonimato e sugestibilidade¹¹⁶.

A característica mais evidente relacionada a um grupo psicológico é o fato de que, independentemente das qualidades individuais de cada um, seja referentes a hábitos, religião, gostos, cultura ou origem, modo de vida, ocupações, caráter ou inteligência, o fato de haverem sido transformados em um grupo coloca-os na condição de virarem membros de certo tipo de mentalidade coletiva que ocasiona forma de sentir, agir, pensar bastante diferente do que aconteceria se o ser fosse analisado individualmente. Nesse sentido, passam a ser capazes de desenvolver determinadas ideias e sentimentos que não surgiriam ou que não se transformariam em ações, exceto no caso de indivíduos que formam um grupo¹¹⁷.

Em outras palavras, o indivíduo sob o efeito da psicologia das massas atua de maneira completamente diferente de como agiria quando considerado de maneira isolada. *Per si*, há o predomínio da vantagem pessoal, o indivíduo pensa em sua própria satisfação. Em oposição à curiosidade e à busca pelo conhecimento que acomete pelo menos parte dos seres, as massas não possuem a sede ou curiosidade em busca da verdade, partindo rapidamente para alienações, conferindo primazia ao ilusório, ao místico e ao sobrenatural. Não por acaso muitos nazistas faziam parte da Sociedade Thule, organização secreta mística. Pontua Arendt: “o súdito ideal do governo totalitário não é o nazista convicto, nem o comunista convicto, mas aquele para quem já não existe a diferença entre o *fato* e a *ficção* (a realidade da experiência) e a diferença entre o *verdadeiro* e o *falso* (os critérios do pensamento)¹¹⁸”

¹¹⁶ Afirma Arendt: “as massas haviam chegado a um ponto em que, ao mesmo tempo, acreditavam em tudo e em nada, julgavam que tudo era possível e que nada era verdadeiro. A própria mistura, por si, já era bastante notável, pois significava o fim da ilusão de que a credulidade fosse fraqueza de gente primitiva e ingênua, e que o cinismo fosse o vício superior dos espíritos refinados. A propaganda de massa descobriu que o seu público estava sempre disposto a acreditar no pior, por mais absurdo que fosse, sem objetar contra o fato de ser enganado, uma vez que achava que toda afirmação, afinal de contas, não passava de mentira. Os líderes totalitários basearam a sua propaganda no pressuposto psicológico correto de que, em tais condições, era possível fazer com que as pessoas acreditassem nas mais fantásticas afirmações em determinado dia, na certeza de que, se recebessem no dia seguinte a prova irrefutável da sua inverdade, apelariam para o cinismo; em lugar de abandonarem os líderes que lhes haviam mentido, diriam que sempre souberam que a afirmação era falsa, e admirariam os líderes pela grande esperteza tática”. ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p.432.

¹¹⁷ Nessa linha, ver em CRASNIANSKI, Tania. **Filhos de Nazistas. Os impressionantes retratos de família da elite do nazismo**. Tradução de Fernando Scheibe. 1ª ed. São Paulo: Vestígios, 2018; também GERBER, ZANOTTI (2022). **Descendants of notorious nazis**: Disponível em: <https://www.scielo.br/j/agora/a/yxHhyZbgCBhtrLMMZ8Zf8D/?lang=pt>. Acesso em: 03 DEZ 2022.

¹¹⁸ ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 526. E continua: demonstrando a natureza de homem comum de muitos dos criminosos de guerra, verdadeiros burocratas e da conivência de tribunais alemães, que julgaram com extrema ponderação pessoas responsáveis por atos criminosos gravíssimos. Explica Arendt: “a relutância das cortes locais alemães em processar esses crimes só se revelou nas sentenças fantasticamente brandas impostas aos acusados (o Dr. Otto BRADFISH, dos *einsatzgruppen*, as unidades móveis da SS no leste europeu, foi condenado a dez anos

O que soa alarmante no contexto mundial hodierno é que as palavras da filósofa judia permanecem válidas mais de setenta anos após terem sido escritas, em uma terrível evocação do passado e revelam-se perigosamente potencializadas com o advento da internet e das redes sociais — um mundo no qual as *fakes news*, as mentiras deslavadas e as desinformações são fabricadas para fortalecer narrativas, visando à conformação das mentes, à divulgação de pânico em escala industrial, ao tempo em que são lançadas num fluxo frenético, ininterrupto, excitado, exaltado, enlevado e alvoroçado por *trolls*, disseminadas especialmente por meio de perfis falsos. Quais são as agendas ocultas que financiam tais narrativas? Pouco se sabe. A busca pela precisão do conteúdo é solapada pela avalanche de novas versões da história, outros contextos, diferentes motivações, de sorte que restam poucas certezas na pós-modernidade líquida, posto que, para além da checagem quanto à veracidade da notícia, ainda se faz necessário descobrir quem está por trás daquele conteúdo e a troco de quê. Tradicionalmente, a história é contada sob a perspectiva e a partir do olhar e das précompreensões dos vencedores. Todavia, interesses políticos, ideológicos e partidários, tanto de pautas internas, quanto de alinhamento global, contaminam de tal forma a mensagem que, mesmo em se tratando de simples narração de fato, sempre há necessidade de proceder à analítica, complexa e intrincada *atividade de inteligência* para conseguir confiar e compreender a complexidade contida na informação.

Narrativas passam a ser construídas e solidificadas dentro de bolhas de redes sociais, que por sua vez passam a projetar e se retroalimentar de recalques produzidos neuroticamente por seus medos, ressentindo-se dos ideais e das condutas dos indivíduos de outros grupos, ressuscitando mecanismos de defesa do Ego, como racionalização excessiva, chistes, repressão, deslocamento, formação reativa, isolamento, compensação, supressão, sublimação, fixação, negação da realidade e alienação, perdendo-se o apreço pela checagem da veracidade e pela objetividade, partindo-se para o campo subjetivo das emoções.

A desinformação sobre os fatos e sobre a História predomina nas sociedades em redes, aumentando drasticamente o medo, a insegurança, a insensatez, o desequilíbrio emocional, a “desrazão”, o pânico e o pavor, despertando os mais primitivos sentimentos de nacionalismo, de ódio ao diferente e aos estrangeiros, de raiva, de desprezo pela autenticidade e pela singularidade, ao tempo em que provoca o florescimento do apego às tradições, aos cultos

de trabalhos forçados pelo assassinato de 15 mil judeus, o dr. Otto HUNSCHE, perito legal de Eichmann e responsável direto pela deportação de 1.200 judeus húngaros, dos quais pelo menos seiscentos foram mortos, recebeu uma sentença de cinco anos e Joseph LECHTHALER, que liquidou os habitantes judeus de Sitsk e Smolevichi, na Rússia, foi condenado a três anos e seis meses de prisão... Op. cit. p. 25 e 26.

religiosos e místicos e à moral. Acrescenta-se, ainda, o *culturalismo*, como uma forma mais moderna de discriminação, na qual se mistura o preconceito civilizacional com o ódio racial e o político, além, claro, do cultural. Recentemente, por exemplo, os chineses foram questionados sobre seus padrões alimentares, durante a pandemia da COVID-19.

3.3 - O HOLOCAUSTO

Quais fatores conjugados deram ensejo à inenarrável expressão máxima da estupidez humana, o Holocausto¹¹⁹? O programa político do nazismo se baseava na teoria do racismo e do arianismo, lastreada pelo neopaganismo, com elementos de sincretismo e ocultismo¹²⁰. Além disso, caracterizava-se por atacar o formalismo¹²¹, o liberalismo e o semitismo.

De início, verificou-se a reunião de indivíduos órfãos do regime Imperial¹²², em busca de um líder messiânico, Adolf Hitler, que era simples, nacionalista, popular, contra os comunistas, carismático, antisemita¹²³ e dono de oratória brilhante. Referida congregação se justificava por profunda recessão econômica, fundamentada na busca de um ideal romântico,

¹¹⁹ Segundo Bauman: “O Holocausto nasceu e foi executado na nossa sociedade moderna e racional, em nosso alto estágio de civilização e no auge do desenvolvimento cultural humano, e por essa razão é um problema dessa sociedade, dessa civilização e cultura. A autocura da memória histórica que se processa na consciência da sociedade moderna é por isso mais do que uma indiferença ofensiva às vítimas do genocídio. É também um sinal de perigosa cegueira, potencialmente suicida”. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 11.

¹²⁰ Nesse sentido, ver em ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 82 e ss; CHAPOUTOT, Johann. **A revolução cultural nazista**. Rio de Janeiro: Da Vinci, 2022, p. 172 e ss.

¹²¹ ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 86; CHAPOUTOT, Johann. **A revolução cultural nazista**. Rio de Janeiro: Da Vinci, 2022, p. 127 e ss.

¹²² Na Alemanha pré-nazista, o governo central enxergava nos sociais-democratas prussianos um obstáculo a ser superado, por isso se diz que houve um Estado Dual entre o governo do Reich e o da Prússia. Esse foi um dos motivos que levou o então presidente Hindenburg a decretar, com base no artigo 48 da Constituição da Weimar, a possibilidade de governar por decretos. Ver mais em LIMA, Martonio Mont’alverne Barreto. **Supremo Tribunal Federal. Prússia contra Reich**. São Paulo: Contra Corrente, 2022, p. 14 e ss.

¹²³ Uma das principais ideias que legitimaram o Holocausto foi o da supremacia racial e necessidade de pureza étnica, com a exclusão dos judeus e outras minorias. Confira-se com o pensamento de um dos ideólogos do nazismo, Alfred Rosenberg: “Uma imagem nova, rica em associações, colorida, da história da humanidade e da Terra começa hoje a se revelar, se reconhecermos plenos de respeito que a controvérsia entre sangue e mundo circundante, entre sangue e sangue, constitui o último fenômeno acessível para nós, detrás do qual não nos é concedido buscar e investigar. Este reconhecimento arrasta consigo de imediato, no entanto, a concepção de que o combate do sangue e a mística pressentida do acontecer da vida não são duas coisas diferentes, mas representam uma só de maneiras distintas. Raça é a parábola de uma alma, a totalidade do bem racial, um valor em si, sem referência a valores exangues que passam por alto a plenitude da natureza, e sem conexão com os adoradores da matéria, que percebem tão somente o que acontece no tempo e no espaço, sem compreender este acontecer como o mais grandioso e o último de todos os mistérios”. ROSENBERG, Alfred. **O mito do século XX. Uma valorização das lutas anímico-espirituais das formas em nosso tempo**. Tradução por SR. B. São Paulo: Episch Verlag, 2023, p. 47 e 48.

naturista, primitivo, místico, religioso e mágico, fortalecido na crença da superioridade de sangue e consolidada a partir do massivo bombardeio de mensagens subliminares e ostensivas na comunicação, nas artes, na música, no cinema, na publicidade e na propaganda.

Tais fatores, atrelados às influências do excesso de civilização, apego estratosférico ao rigor, à ordem, à disciplina, ao cumprimento implacável das regras, aliados à apatia, burocracia, ausência de empatia, de humanidade, de alteridade, de compaixão, de solidariedade, de individualização, de espontaneidade, para além de demasiada racionalidade, conduzidos em uma sociedade com incisivas inclinações autoritárias foram capazes de instaurar uma nova ordem moral¹²⁴, a partir do pensamento da massa, ocasião em que as inibições individuais caíram por terra e os instintos bárbaros, brutais, cruéis e destrutivos, que dormitam em todos os seres humanos como vestígios dos primórdios dos tempos, pretéritos até à condição humana, são despertados e se descolam do indivíduo para a livre satisfação animal. “Para meu profundo desgosto, testemunhei a mais terrível derrota da razão e o mais fervoroso triunfo da brutalidade (...) nunca, jamais, uma geração sofreu tamanha hecatombe moral e de tal altura espiritual como a nossa”. E continua Zweig: “meu vocabulário é demasiadamente pobre para descrever a enormidade de semelhante aniquilamento de um povo”¹²⁵. Como condensa o brocardo espanhol “*la razón humana es una lucecita muy pequeña, pero maldito el que la apague*”.

No que concerne ao Holocausto, por muito tempo houve alienação da realidade ou mesmo parcial negação¹²⁶, a partir inicialmente da construção de uma narrativa de que os

¹²⁴ Arendt se refere a Anton Schmidt, um dos poucos oficiais nazistas que reconhecidamente ajudou guerrilheiros judeus enquanto servia o Exército Alemão. Aduz: “é verdade que a dominação totalitária tentou estabelecer esses buracos de esquecimento nos quais todos os feitos, bons e maus, desapareceriam, mas assim como estavam fadadas ao fracasso todas as tentativas nazistas, feitas de junho de 1942 em diante, de eliminar os vestígios dos massacres - por meio da cremação, da queima em poços abertos, do uso de explosivos e lança-chamas e máquinas trituradoras de ossos - assim também todos os esforços de fazer seus oponentes ‘desaparecerem’ em silencioso anonimato foram em vão. ***Os buracos de esquecimento não existem***. Nada humano é tão perfeito, e simplesmente existem no mundo pessoas demais para que seja possível o esquecimento. Sempre sobra um homem para contar a história. Portanto, nada pode ser ‘praticamente inútil’, pelo menos a longo prazo. Seria de grande utilidade para a Alemanha de hoje, não meramente para o seu prestígio no estrangeiro, mas para a sua ***condição interna tristemente confusa***, se houvesse mais dessas histórias para contar. Pois a lição dessas histórias é simples e está ao alcance de todo mundo. Politicamente falando, a lição é que em condições de terror, a maioria das pessoas se conformará, mas algumas pessoas ***não***, da mesma forma que a lição dos países aos quais a Solução Final foi proposta é que ela ‘poderia acontecer’ na maioria dos lugares, mas não aconteceu em todos os lugares. Humanamente falando, não é preciso nada mais, e nada mais pode ser pedido dentro dos limites do razoável, para que este planeta continue sendo um lugar próprio para a vida humana. (g.n). ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira, 13ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 254.

¹²⁵ ZWEIG, Stefan. **El mundo de Ayer. Memórias de um europeu**. Traduzido do alemão por: Pablo Álvarez Ellacuría. Barcelona: Papel de Liar, 2009, p. 87.

¹²⁶ Semelhante fenômeno também foi percebido na seara jurídica, como bem explica Georges Abboud: “por anos, a Alemanha viveu sob esse paradoxo, incapaz de se voltar sobre o próprio passado. As análises empreendidas acerca da via jurídica do Terceiro Reich subordinavam-se a finalidades alheias ao estudo objetivo da história

fatos não haviam sido exatamente do jeito que as vítimas descreveram¹²⁷. O nível do horror do que acontecera era insuportável para qualquer imaginação¹²⁸. Criou-se também posteriormente

recente, rendendo-se a simplificações teóricas, slogans pedagógicos, ênfases apologéticas - ou pior - a apropriações políticas. Isso muito se deve à resistência acadêmica em aceitar os escritos de todos os que, em que pesasse seu interesse ou talento investigativo, não "estiveram lá", ficando privados do direito de opinar sobre o passado nazista". ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 34.

¹²⁷ Ninguém acreditava no que era dito ou mesmo ninguém queria ouvir o que as vítimas tinham a dizer. Houve mesmo rejeição de diversos países em acolher aqueles que sobreviveram. Primo Levi trata sobre esse assunto na obra *A trégua*. Diz-se que ele não aguentou assistir à adaptação do livro no cinema e cometeu suicídio em seguida.

¹²⁸ A ascensão de Hitler ao poder já mostrou o quão horripilante a situação passaria a ser. Confira-se com o relato descrito pela historiadora Silvia Lerner, que é filha de sobreviventes do Holocausto, sobre como era a vida na Polônia, por exemplo, antes da Shoah: “a vida cultural da comunidade judaica antes da II Guerra Mundial era intensa. Havia na Polônia mais de 130 periódicos judaicos, além de trinta jornais diários. Mais de 50% de médicos e advogados da iniciativa privada eram judeus. E viviam na Polônia desde o século XIII, havendo na época em que eclodiu a II Guerra Mundial cerca de 3.350.000 judeus em uma população de 27.000.000 de pessoas. Em Varsóvia havia 27 jornais em hebraico, além de periódicos em ídiche, teatros em ídiche, escolas e clubes judaicos, um centro cultural de escritores, várias instituições comunitárias. No shabat, o comércio não funcionava, assim como também em Lodz, o que mostra a influência da comunidade na vida rotineira das cidades. Essa vida cultural ficou bastante diminuída a partir do momento em que os guetos foram estabelecidos”. LERNER, Silvia Rosa Nossek. **A música como memória de um drama: o Holocausto**. Rio de Janeiro: Garamond, 2017, p. 17. E prossegue, mostrando a diferença depois que o nazismo ocupou o poder, na Tchecoslováquia: “a partir de 15 de março de 1939, quando os nazistas invadiram o país, a vida deles mudou. Todos os homens entre dezenove e quarenta anos foram obrigados a se registrar para trabalhar nos campos de trabalho alemães, escolas e universidades foram fechadas ou impedidas de receber alunos judeus, bem como 80% dos advogados, dos médicos e dos dentistas judeus foram forçados a abandonar suas profissões, ao passo que os 20% restantes ficaram restritos ao público judeu. Por alguns meses, os alemães encorajaram os judeus a emigrarem. Mas, a partir de junho de 1939, começaram a dificultar essa possibilidade, e em novembro desse ano foi imposta uma taxa de saída. Um pouco antes, em agosto, os judeus passaram a só poder fazer refeições em determinados restaurantes ou sentar-se em determinados lugares em jardins e piscinas públicas, sendo segregados em hospitais ou lares geriátricos. Da mesma forma, tinham de informar às autoridades se possuíam ouro, prata, pérolas ou joias. O número de judeus permitido entre alunos nas escolas ficava limitado a 4% por classe, e após agosto de 1940, nem mesmo essa proporção era respeitada, o que significava que quase a totalidade das crianças judias estavam excluídas das escolas. Era proibido ouvir rádio, sob pena de condenação à morte. Equipamentos fotográficos, máquinas de datilografar, fonógrafos e discos, bem como botas para neve, casacos de pele e de lã, foram confiscados. Os nazistas congelaram todas as contas bancárias, e só 1.500 *crowns* (cerca de cinquenta dólares) de saques diários eram permitidos. A partir de setembro de 1939 foi implementado o toque de recolher às 20h, só podendo voltar a circular na manhã seguinte. Todos os judeus foram demitidos de seus empregos. No início de 1940, um decreto os proibiu de frequentar teatros, cinemas ou usar parques públicos, e passaram a ter de se apresentar a um distrito policial, munidos de identidade ou passaporte, para que neles fosse carimbado um “J”, mesmo para os não praticantes ou que tivessem se convertido para outra religião, mas nascidos judeus. Em agosto de 1940, passaram a só poder fazer compras entre às quinze e às dezessete horas. Nos bondes, equivalente ao nosso ônibus de rua, só podiam se sentar no segundo vagão. No mês seguinte, foram obrigados a se mudar para determinado bairro e morar com outras famílias, deixando seus imóveis para os alemães, e passaram a não poder mais comprar roupas novas, podendo adquirir somente roupas usadas. Não poderiam mais comprar sabonetes, maçãs, vegetais, tabaco, nozes, queijos, doces e balas, peixes, vinhos, licores, cebolas, alhos, carne de porco, aves domésticas, laranjas e tangerinas, mel, entre outros comestíveis. Caso os nazistas encontrassem um desses produtos na casa de um judeu, este poderia ser preso. Em janeiro de 1941, tiveram os telefones de suas casas desativados - só podiam usar os públicos, os quais também foram proibidos logo em seguida - e as carteiras de habilitações cassadas. Alguns meses depois, começaram as deportações de judeus para Campos de concentração. Em setembro desse ano, judeus com mais de seis anos passaram a ter de usar a estrela amarela (estrela de Davi) toda vez que saíssem à rua. Em outubro, fecharam-se todas as sinagogas. No dia 16 de outubro, o primeiro transporte de judeus saindo de Praga foi enviado para Lodz, na Polônia. Em novembro, o primeiro transporte de jovens judeus, os *Aufbaukommando* (grupo de construtores), chegou a Terezin. Em 1942, houve novas proibições: usar lavanderias e barbearias; ter bicicletas e instrumentos musicais; frequentar bibliotecas públicas e comprar jornais; consumir carne, ovos, leite, bolos e pão branco, exceção feita para crianças com menos de seis anos. A vida judaica estava totalmente cerceada”. LERNER, Silvia Rosa Nossek. **Arte em tempos de intolerância: Theresienstadt**. Rio de Janeiro: Rio Books, 2020, p. 21 a

a narrativa de que os nazistas só poderiam ser sujeitos desequilibrados, bárbaros, doentes e monstruosos. Referida percepção patológica coletiva, muito embora possa ser reconfortante e tranquilizadora para o ego da sociedade em geral, certamente não explica de maneira razoável a hecatombe ocorrida. Não faz sentido supor que praticamente 60 milhões de alemães (considerando a aprovação de 80% do povo ao regime nazista) no curto espaço do entreguerras, tivessem simplesmente enlouquecido¹²⁹ e que todos tivessem virado psicopatas¹³⁰. Como bem aponta Arendt¹³¹ — ao comentar o julgamento de Eichmann em Jerusalém, ocorrido em 1961 após espetacular captura do nazista em Buenos Aires pela equipe de inteligência do serviço secreto de Israel, o *Mossad*¹³² — os laudos médicos simplesmente não corresponderam à percepção de que se estava diante de psicopatas ou de fanáticos a serviço de uma causa. A maioria dos nazistas e colaboradores era composta por pessoas ordinárias, comuns, rotineiras, cotidianas, burocráticas, medíocres, alguns inclusive com histórico de elogios sobre seus caracteres e atestados de louvável cumprimento dos deveres cívicos. Com efeito, durante o processo de Eichmann, um dos psiquiatras encarregados de examiná-lo chegou a destacar que

23. Diz-se que Eisenhower, ao entrar no campo de concentração de Dachau, chamou toda a população circundante (Dachau se localizava dentro da cidade, diferentemente dos demais campos, que eram distantes) para ver exatamente a quantidade de corpos em estado de putrefação, bem como observar o nível de barbaridade atingido. Ele afirmara que era necessário fazer isso porque, de outra maneira, ninguém acreditaria no nível de horror que presenciaram.

¹²⁹ “A fusão entre Auschwitz e o Holocausto também tornou possível a grotesca afirmação de que os alemães desconheciam o assassinato em massa dos judeus europeus enquanto ocorriam. É possível que alguns alemães não soubessem exatamente o que acontecia em Auschwitz. Não é possível que a maioria dos alemães desconhecesse o assassinato em massa de judeus. O assunto era sabido e debatido na Alemanha, pelo menos entre parentes e amigos, muito antes que Auschwitz se tornasse um centro de extermínio. No leste, onde dezenas de milhares de alemães mataram milhões de judeus à beira de centenas de valas comuns ao longo de três anos, a maior parte das pessoas sabia o que estava acontecendo. Centenas de milhares de alemães testemunharam essas mortes, e milhões de alemães da frente oriental sabiam delas. Durante a guerra, esposas e filhos visitavam os centros de extermínio; e soldados, policiais e outros escreviam a suas famílias, às vezes com fotos, sobre os detalhes. As casas alemãs foram enriquecidas, em milhões de casos, com bens pilhados de judeus assassinados, mandados por correio ou levados por soldados em licença”. SYNDER, Timothy. Terra Negra. **O Holocausto como História e Advertência**. Tradução: Donaldson M Garschagen. São Paulo: Cia das Letras, 2016, p. 234 e 235.

¹³⁰ Karl Jaspers irá desenvolver o tema das diversas culpas alemãs, com quatro conceitos de culpa, entre criminal, moral, política e metafísica. Foi o orientador da filósofa Hannah Arendt. Ver mais em JASPERS, Karl. **A questão da culpa. A Alemanha e o Nazismo**. São Paulo: Todavia, 2018, p. 19 e 20.

¹³¹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira, 13ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 37: “Meia dúzia de psiquiatras haviam atestado a sua normalidade — ‘pelo menos mais normal do que eu fiquei depois de examiná-lo’, teria exclamado um deles, enquanto outros consideraram seu perfil psicológico, sua atitude quanto à esposa e filhos, mãe e pai, irmãos, irmãs e amigos, não apenas normal, mas inteiramente desejável — e, por último, o sacerdote que o visitou regularmente na prisão depois que a Suprema Corte terminou de ouvir seu apelo tranquilizou a todos dizendo que Eichmann era “um homem de ideias muito positivas”.

¹³² Os julgamentos de Nuremberg, ocorridos em 1945 em relação a poucos oficiais nazistas fez mostrar que foram raras as iniciativas judiciais para punir os assassinos. Não se pode ignorar que o próprio judiciário alemão era composto de juízes majoritariamente nazistas. Sobre o sequestro de Eichmann praticado pelo Mossad, ver mais detalhes em GUTERMAN, Marcos. **Nazistas entre nós. A trajetória dos oficiais de Hitler após a guerra**. São Paulo: Contexto, 2016, p. 160 e ss.

seu comportamento para com sua mulher e seus filhos, seu pai e sua mãe, seus irmãos, irmãs e amigos "não apenas era normal, mas era excelente"¹³³.

Como entender a ausência de conexão da expressiva maioria dos nazistas com a loucura ou com o mal, no sentido *demoníaco* do termo? Como afirma Robert Merle, que escreveu livro baseado nas entrevistas que o comandante de Auschwitz Rudolph Hoess teve com o psicólogo americano que o interrogou durante o julgamento de Nuremberg, “com o mínimo de reflexão, enxergamos o quanto é inconcebível que homens do século XX, vivendo em um país civilizado da Europa, tenham sido capazes de empenhar tanta metodologia, engenhosidade e dons criadores na construção de um imenso complexo industrial com o objetivo de assassinar em massa seus semelhantes”¹³⁴. Na mesma linha, concluiu Arendt “por trás da comédia dos peritos da alma estava o duro fato de que não se tratava, evidentemente, de um caso de sanidade moral e muito menos de sanidade legal¹³⁵”. A filósofa explica como tal fenômeno pode acontecer, em quais condições:

¹³³ CRASNIANSKI, Tania. **Filhos de Nazistas. Os impressionantes retratos de família da elite do nazismo.** Tradução de Fernando Scheibe. 1ª ed. São Paulo: Vestígios, 2018, p. 14. E prossegue: “Prefere-se acreditar que essas pessoas são monstros sanguinários, pois sua normalidade parece muito mais aterrorizante. ‘Os monstros existem, mas são pouco numerosos demais para serem verdadeiramente perigosos; os mais perigosos são os homens normais, os funcionários dispostos a acreditar e obedecer sem discutir’, constata Primo Levi. Idem. Ibidem.

¹³⁴ MERLE, Robert. **A morte é meu ofício.** Tradução: Arnaldo Bloch. São Paulo: Vestígio, 2022, p. 10.

¹³⁵ E complementa, em relação a Eichmann: “pior ainda, seu caso evidentemente não era de um ódio insano aos judeus, de um fanático antissemitismo ou de doutrinação de um ou outro tipo. (...) Claro, ninguém acreditou nele. O promotor não acreditou, porque não era essa a sua função. O advogado de defesa não lhe prestou atenção porque, ao contrário de Eichmann, ele não estava, aparentemente, interessado em questões de consciência. E os juízes não acreditaram nele, porque eram bons demais e talvez também conscientes demais das bases de sua profissão para chegar a admitir que uma pessoa mediana, “normal”, nem burra, nem doutrinada, nem cínica, pudesse ser inteiramente incapaz de distinguir o certo do errado. Eles preferiram tirar das eventuais mentiras a conclusão de que ele era um mentiroso — e deixaram passar o maior desafio moral e mesmo legal de todo o processo. A acusação tinha por base a premissa de que o acusado, como toda “pessoa normal”, devia ter consciência da natureza de seus atos e Eichmann era efetivamente normal na medida em que “não era uma exceção dentro do regime “nazista”. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal.** Tradução de José Rubens Siqueira, 13ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 38. E prossegue com mais um exemplo dentre vários que estão descritos no decorrer do livro sobre comportamento que parece no mínimo controverso para quem necessariamente estava sendo exposto como um psicótico sanguinário e ensandecido: “em setembro de 1941, pouco depois de suas primeiras visitas oficiais aos centros de extermínio do Leste, Eichmann organizou suas primeiras deportações em massa da Alemanha e do Protetorado, de acordo com um “desejo” de Hitler, que pediu a Himmler que tornasse o Reich *judenrein* o mais depressa possível. O primeiro carregamento continha 20 mil judeus do vale do Reno e 5 mil ciganos, e uma coisa estranha aconteceu com esse primeiro transporte. Eichmann, que nunca havia tomado uma decisão própria, que tinha sempre extremo cuidado em estar *coberto* por ordens, que — como confirma o testemunho dado de livre vontade por todas as pessoas que trabalharam com ele — não gostava nem de fazer perguntas e sempre solicitava *diretivas*, agora, *pela primeira e última vez* tomava uma iniciativa contrária às ordens: em vez de mandar essa gente para território russo, Riga ou Minsk, onde os judeus teriam sido fuzilados imediatamente pelos *Einsatzgruppen*, ele dirigiu o transporte para o gueto de Lódz, onde sabia que ainda não havia sido feita nenhuma preparação para o extermínio — quando mais não fosse porque o homem encarregado do gueto, um certo *Regierungspräsident Uebelhör*, havia encontrado maneiras de obter um lucro considerável com *seus* judeus (Lódz, na verdade foi o primeiro gueto a ser fundado e o último a ser liquidado; seus ocupantes que não morreram de doença e fome sobreviveram até o verão de 1944.) Essa decisão deixaria Eichmann numa posição bastante delicada. O gueto estava superlotado, e o sr. *Uebelhör* não estava disposto a receber mais gente, nem tinha condição de acomodá-las. E ficou tão zangado que chegou a reclamar com Himmler

“Isso pode ocorrer nas condições do isolamento radical, no qual ninguém mais pode concordar com ninguém, como geralmente ocorre nas tiranias; mas pode também ocorrer nas condições da *sociedade de massas* ou de *histeria em massa*, em que vemos todos passarem subitamente a se comportar como se fossem membros de uma única família, cada um a multiplicar e prolongar a perspectiva do vizinho. Em ambos os casos, os homens tornam-se inteiramente privados, isto é, privados de ver e ouvir os outros e privados de ser vistos e ouvidos por eles. São todos prisioneiros da subjetividade de sua própria existência singular, que continua a ser singular ainda que a mesma experiência seja multiplicada inúmeras vezes. O mundo comum acaba quando é visto somente sob um aspecto e só se lhe permite apresentar-se em uma única perspectiva”¹³⁶.

Em seu controverso livro *Eichmann em Jerusalém*¹³⁷, Hannah Arendt desenvolve a noção de "banalidade do mal" e evoca em Eichmann um funcionariinho zeloso, tristemente comum, que não pensa e se mostra incapaz de distinguir o bem do mal¹³⁸. Não que ela o desculpe, mas enfatizou que o desumano habita cada um de nós e que é preciso continuar a pensar, nunca abdicar de nossa razão, sempre se questionar, para não mergulhar nessa medíocre forma de reprodução de comportamento. Dessa maneira, seria necessário, na visão da

que Eichmann havia enganado a ele e seus homens com *truques de vendedor de cavalos, aprendidos com os ciganos*. Himmler, assim como *Heydrich*, protegia Eichmann e o incidente foi logo perdoado e esquecido. (...). Embora Eichmann tenha esquecido isso completamente, esse era, nitidamente, o único caso em que ele havia realmente tentado salvar judeus. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira, 13ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 109 e 110. Ver ainda em ARENDT, Hannah. **La imagen del Infierno (septiembre de 1946). Ensayos de comprensión (1930-1954)**. Traducción: Agustín Serrano de Haro. Madrid: Caparrós Editores, 2005.

¹³⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13ª edição. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022, p. 71. A noite dos cristais foi um dos mais violentos ataques contra judeus e suas instituições. Houve o saque de dezenas de milhares de lojas e lares judaicos, a prisão de mais de 30 mil judeus, que foram levados para campos de concentração e marcou o começo da erradicação do povo judeu. Sobre o como os alemães lidaram com o momento, descreve Martin Gilbert: “o correspondente observou que o ‘alemão médio assistia a tudo ou apático ou atônito’. Reportou também que indivíduos judeus tinham sido ‘perseguidos pelas ruas por jovens nazistas, surrados e jogados ao chão’. Uma das mais ‘deploráveis características’ desta onda de ataques ‘era o número de meninos que alegremente tomou parte neles’. Citou também o Angriff, o jornal do dr. Goebbels, que declarou: ‘o ato de assassinato recai sobre todos os judeus. Cada indivíduo deve prestar contas para nós de cada dor, cada crime, cada ação nociva dessa raça criminoso contra os alemães; cada indivíduo judeu é responsável, sem clemência. O judaísmo mundial quer lutar contra nós. Pode fazê-lo em seus próprios termos - olho por olho, dente por dente’”. GILBERT, Martin. **A noite de Cristal. A primeira explosão do ódio nazista contra judeus**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006, p. 49.

¹³⁷ Segundo Adriano Correia, “o tempo consolidou, depois do falecimento de Hannah Arendt em 1975, o alcance do conjunto de sua obra. Esta foi adquirindo as características de uma obra clássica que preenche os três requisitos formulados por Bobbio: é uma interpretação autêntica de sua época (o século XX); instiga constantes leituras e releituras; oferece critérios, conceitos e diretrizes relevantes para o entendimento do mundo atual, ainda que tenham sido concebidos e elaborados numa outra época histórica. Por isso, tenho destacado em várias oportunidades, valendo-se de uma formulação de Ítalo Calvino, a obra de Hannah Arendt como um clássico, ‘nunca acaba de dizer aquilo que tem para dizer’”. CORREIA, Adriano. **O caso Eichmann. Hannah Arendt e as controvérsias jurídicas sobre o julgamento**. São Paulo: Edições 70, p. 12.

¹³⁸ Afirma Guterman: “até o último suspiro, Eichmann - que admirava os sionistas e não tinha particular ódio pelos judeus - acreditava que tinha apenas cumprido seu dever ao planejar a execução de milhões de judeus. Foi, aliás, o que ele escreveu, em sua última mensagem dois dias antes de ser enforcado em Israel: “Devemos distinguir os chefes responsáveis das pessoas como eu, que foram forçadas a servir como simples instrumentos entre suas mãos. Eu não era um chefe responsável, então não me sinto culpado.” GUTERMAN, Marcos. **Nazistas entre nós. A trajetória dos oficiais de Hitler após a guerra**. São Paulo: Contexto, 2016, p. 164.

escritora, viver em constante zetética, ocasião em que imperam as dúvidas, as incertezas, os questionamentos. Assevera que não se deve viver no automático, para não mergulhar na insensível indiferença que pautava a burocracia¹³⁹.

A obra *Eichmann em Jerusalém* foi considerada controversa especialmente pela comunidade judaica, por a autora haver supostamente “minimizado” a maldade absoluta de Eichmann, apontando-o como assassino de gaveta, ou seja, um mero cumpridor de ordens, incapaz de pensar ou de refletir sobre o que estava fazendo. Ademais, a obra critica duramente a suposta passividade do povo judeu ao oferecer pouca resistência contra os nazistas, especialmente na entrada dos vagões de trens e na chegada aos campos de concentração, ocasião em que numericamente eram muito superiores à quantidade de guardas nazistas¹⁴⁰. O livro ainda aponta o que alega ser conflitos morais e éticos relacionados à forma de colaboração entre os chefes dos Conselhos dos Anciãos Judeus – *Judenräte* – e os nazistas, sobre como atender aos pedidos destes de organizar as listas de quem iria para os campos de concentração, de trânsito, de extermínio, de trabalho, guetos ou o campo cultural (*Theresienstadt*, que era visitado pela Cruz Vermelha e por isso diferenciado, falsamente organizado para despistar o que de fato acontecia nos demais campos), além de decidirem outros dilemas, como determinar a distribuição de remédios nos guetos, manter canais de comunicação com nazistas, dentre outros¹⁴¹.

¹³⁹ Nesse tom, pode-se mencionar o filósofo Camus, *absurdist*, que aproveita seu romance *O Estrangeiro* para explicar o sentimento do completo desatino, logo nas primeiras linhas da sua obra-prima. O argelino abre a narrativa explicando aos leitores que, muito embora tivesse acabado de perder a mãe, que morrera, sentia-se mais propriamente *incomodado* com a chateação que isso significava - por conta das tratativas e das formalidades de um velório - do que propriamente se ressentia pela partida. Posteriormente, mata um sujeito que nada lhe fizera, mas porque se incomodara com o reflexo do sol. Sentimentos absurdos, porém, reais, que precisam ser nomeados para serem mais bem compreendidos.

¹⁴⁰ Há controvérsias sobre a falta de resistência. Discordando de Arendt, Sílvia Lerner sobre o tema, aduz: “resistiram, organizando atividades culturais, fazendo apresentações teatrais, produzindo músicas, escrevendo poemas e diários, deixando documentos com a finalidade de que no futuro soubessem o que estava acontecendo sob domínio nazista, organizando concertos, publicando jornais, fazendo desenhos, providenciando ‘escolas’ para suas crianças, trocando receitas culinárias - como no campo de Terezin - em um momento de tanta fome, cada qual com o objetivo de manter o dia a dia com um pouco de dignidade apesar da vida indigna que lhes estava sendo imposta e mostrar ao inimigo que, mesmo em condições subumanas, resistiam, criando a sensação de normalidade como ingrediente de fortalecimento existencial. Ao produzir armamento caseiro, sabotar uma linha férrea, explodir um vagão de trem, incendiar uma ponte, fazer contato com a resistência polonesa, agredir os nazistas com as possibilidades que tinham ao seu alcance, faziam tudo para mostrar que, apesar de humilhados e sem grandes alternativas, reagiam e assim resistiam”. LERNER, Silvia Rosa Nossek. **Liberdade de escolher como morrer: a resistência armada de judeus no Holocausto**. Rio de Janeiro: Imprimatur, 2015, p. 27.

¹⁴¹ Diz Arendt: “a questão da cooperação é de fato incômoda. Certamente, houve um momento em que líderes judaicos poderiam ter dito: ‘não devemos cooperar mais, devemos tentar desaparecer’. Este momento poderia ter chegado quando, já inteiramente informados do que significava a deportação, os próprios nazistas deram-lhes o número e as categorias daqueles que deveriam ser enviados para os centros de assassinato, mas foram as autoridades judaicas que decidiram quem iria e quem teria uma chance de sobreviver. Em outras palavras, aqueles que cooperaram decidiram, em um dado momento, sobre a vida e a morte. Você consegue imaginar o que isto significou na prática? Tome o exemplo de Theresienstadt, onde cada detalhe da vida cotidiana estava nas mãos

Pensar sobre a normalidade dos verdugos parece situação muito mais desesperadora, angustiante, apavorante, contraditório, incongruente, paradoxal e aterrorizante para todos, uma vez que não se consegue jamais arrumar legítima explicação para tanto ódio e massacre. É impressionante perceber, tal como foi posteriormente ratificado nos experimentos da prisão de Stanford de Philip Zimbardo¹⁴² e no Experimento de Obediência, de Stanley Milgram¹⁴³, a rapidez como se desumanizam as pessoas quando essas não podem se defender.

dos anciãos judeus, e pense no que teria acontecido a um interno se ele alguma vez ousasse questionar a ‘sabedoria’ de qualquer decisão tomada pelos anciãos. Há muitas justificativas para esta política e as mais importantes estão no relato de Kastner, que apareceu na Alemanha. Era bastante comum pensar: (a) se alguns de nós devem morrer, é melhor que nós decidamos, e não os nazistas. Eu discordo. Teria sido infinitamente melhor deixar os nazistas fazerem seu próprio trabalho assassino. (b) Com uma centena de vítimas, salvaremos um milhar. Isto soa para mim como a última versão do sacrifício humano: sacrifique sete virgens para aplacar a ira dos deuses. Bem, esta não é minha crença religiosa e certamente não é a fé do judaísmo. Por fim, a teoria do mal menor: vamos servir para evitar que homens piores tomem estas posições; vamos cometer o mal para evitar o pior. (Há analogias com "boas pessoas" servindo aos nazistas na Alemanha.) Frequentemente é difícil determinar o que se sabia e o que não se sabia, mas, em um grande número de exemplos, fica claro que os líderes judeus sabiam o que a maioria da população judaica não sabia. Isto é especialmente verdadeiro a respeito de Theresienstadt e da Hungria”. ARENDT, Hannah. *Escritos judaicos*. Tradução: Laura Degaspere Monte Mascaró. Barueri: AmariLys, 2016, p. 778 e 779. Nessa obra *Escritos Judaicos*, a filósofa registra cartas trocadas com interlocutores, como Gershom Sholem e Samuel Grafton nas quais responde às perguntas e explica as polêmicas que apontou no livro. Ver em ARENDT, Hannah. **Escritos Judaicos**. Tradução: Laura Degaspere Monte Mascaró. Barueri: AmariLys, 2016, p. 755 e ss. Foram extremamente pesadas as perdas impostas pelo Tratado de Versalhes (1919) à Alemanha, tanto do ponto de vista financeiro, quanto moral, territorial e militar. Exigiu-se que a Alemanha reconhecesse a culpa exclusiva pela guerra, um verdadeiro massacre para o incipiente País. “A destruição alemã dos judeus europeus foi um *tour de force*; o colapso judeu sob o ataque alemão foi uma manifestação de fracasso. Ambos os fenômenos foram produtos de uma era anterior”. HILBERG, Raul. **A destruição dos judeus europeus**. Tradução: Carolina Barcellos. Volume I. São Paulo: AmariLys, 2016, p. 1. “A Primeira Guerra Mundial marcou o fim da Era dos Impérios, marcada e dominada por contradições. Uma era de paz sem paralelo no mundo ocidental que gerou uma era de guerras mundiais igualmente sem paralelo” HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos**. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 25

¹⁴² O renomado professor de Psicologia Philip Zimbardo realizou experimento científico (atualmente, tais experimentos científicos dificilmente seriam aceitos pelos Comitês Éticos de Pesquisa) no qual recrutou um grupo de estudantes que voluntariamente se ofereceram para serem divididos entre detentos e guardas. Em poucos dias, após uma semana, os "carcereiros" se tornaram sádicos e abusaram de tal forma dos presos que o experimento precisou ser interrompido. Esse experimento aconteceu em 1971, em Stanford. Os estudantes haviam se tornado guardas violentos e os presos ficaram todos emocionalmente abalados. Após analisar as circunstâncias e causas psicológicas por trás de metamorfoses tão assustadoras, o autor pretendeu compreender a variedade de fenômenos amorais terríveis que aconteceram nas guerras. Segundo o professor: “mudar e evitar comportamentos indesejáveis em indivíduos e grupos exige o conhecimento de forças, virtudes e vulnerabilidades que eles carregam em determinada situação. Em seguida, precisamos reconhecer mais inteiramente o complexo de forças circunstanciais que operam em determinados cenários comportamentais. Modificá-los, ou aprender a evitá-los, pode ter um impacto maior na redução das reações individuais indesejáveis do que reforçar ações voltadas apenas a mudar as pessoas durante determinada situação”. ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer. Como pessoas boas se tornam más**. Tradução de Tiago Novaes Lima. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2022, p. 15.

¹⁴³ Já a experiência realizada por Stanley Milgram, em 1962, foi efetivada na Universidade de Yale, e consistiu em levar sujeitos experimentais a aplicar (falsos) choques elétricos gradativos até o limite de 450 volts em supostos aprendizes, sob a falsa alegação de se verificar o efeito da punição sobre a aprendizagem. Milgram era judeu, sua família havia sido vítima do Holocausto e ele objetivava com o experimento verificar de que forma se obedecia à autoridade, ainda que a ordem emanada da autoridade não soasse razoável ou dotada de bom-senso. Em resumo, todos os participantes chegaram a dar choques de 300 volts nos atores e 2/3 dos participantes (65%) chegaram ao choque final letal de 450 volts. O estudo sugere que a expressiva quantidade de indivíduos vai seguir as determinações daquele que possui autoridade de dar as ordens, desde que seja considerada uma autoridade legítima. Referido experimento foi replicado em outros países e teve efeitos semelhantes.

E sobretudo a violência a partir das quais esses seres desumanizados passam a poder serem vítimas¹⁴⁴. Tais achados são poderosos porque foram feitos como forma de verificar os porquês do holocausto e enfim desafiaram o que pensamos sobre nós mesmos. Concluiu Zimbardo, após seu experimento da prisão: “tememos o mal, mas somos fascinados por ele. Criamos mitos sobre conspirações malignas e passamos a acreditar que existem a ponto de mobilizarmos forças para atacá-las. Rejeitamos o “outro” como diferente e perigoso simplesmente porque é desconhecido”¹⁴⁵.

É preciso esclarecer que o Estado Nazista operou, em parte, dentro da “legalidade formal”, contando, ao menos em seu primórdio, com as instituições dos anos de Weimar mantidas intactas. O regime hitlerista não poupava esforços para parecer normal, para angariar apoio da elite e de quase todos os funcionários públicos que viviam insatisfeitos com as promessas da República. Era preciso garantir, na aparência, a preservação do Rechtsstaat nacional. A ordem jurídica foi, na verdade, degenerada por uma interpretação sem limites, discricionária, e, acima de tudo, política das leis e do direito alemães¹⁴⁶.

Outro ponto importante para entendermos o holocausto perpassa a questão da linguagem. Para Lacan, um objeto só passa a existir quando a ele se atribui um nome¹⁴⁷. Dito de outra maneira, para que a coisa exista, é preciso que se nomeie. Victor Klemperer, filólogo sobrevivente da Shoah, escreveu minuciosamente um diário no qual mostrava as transformações da cidade e do povo, da cultura, enfim, da linguagem. Afirma¹⁴⁸:

“as palavras aparecem e desaparecem, mudam de sentido e de ênfase, se encadeiam de diversas formas, emitem mensagens diferentes ao longo do tempo. Observa que até mesmo as vítimas usam a linguagem do Terceiro Reich. Percebe que o poder se exerce, em larga medida, por meio de mecanismos inconscientes: quem controla as maneiras como nos expressamos também controla as maneiras como pensamos. ‘O nazismo se embrenhou na carne e no sangue das massas por meio de palavras, expressões ou frases, impostas pela repetição, milhares de vezes,

¹⁴⁴ Viktor Frankl assim descreve um pouco do sentimento do prisioneiro de Auschwitz: “Invejávamos aqueles presidiários por sua vida relativamente regrada, assegurada, aseada. Era com melancolia que pensávamos: ‘esses aí podem tomar banho regularmente, eles sem dúvida têm sua escova de dentes, sua roupa de cama, sua correspondência mensal. Eles sabiam onde estavam seus familiares, sim, estavam com vida. Nós, entretanto, fazia muito que não gozávamos mais desses privilégios”. FRANKL, Viktor. **Em busca de sentido**. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 53 e 54. Também Primo Levi descreve com minúcias as condições de vida aterrorizantes que vivenciou em Auschwitz. Ver em LEVI, Primo. **É isto um homem?** Tradução de Luigi del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988, p. 38 e ss.

¹⁴⁵ ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer. Como pessoas boas se tornam más**. Tradução de Tiago Novaes Lima. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2022, p. 23.

¹⁴⁶ Nesse sentido, ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 35.

¹⁴⁷ LACAN, Jacques. **Nomes-do-pai**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2005, p. 55.

¹⁴⁸ KLEMPERER, Victor. **A linguagem do Terceiro Reich**. Tradução: Miriam Bettina Paulina Oelsner. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009, p. 11.

e aceitas mecanicamente. [...] O nazismo se consolidou quando dominou a linguagem. A língua conduz o meu sentimento, dirige a minha mente, de forma tão mais natural quanto mais inconscientemente eu me entregar a ela. O que acontece quando a língua culta tiver sido constituída ou for portadora de elementos venenosos? Palavras podem ser como minúsculas doses de arsênico: são engolidas de maneira despercebida e aparentam ser inofensivas; passado um tempo, o efeito do veneno se faz notar”.

Na visão de Sartre, “escolhemos nosso passado à luz de certo fim, mas, a partir daí, ele se impõe e nos devora”¹⁴⁹. Meditar sobre o Holocausto, dessa forma, se traduz numa obrigação moral, na medida em que compreendê-lo nos torna aptos a identificarmos as sombras que existem em todos os humanos. Sua importância reforça e amplia a máxima de Santayana¹⁵⁰, repetida à exaustão, de forma mais ou menos consciente: “Aqueles que não querem se lembrar do passado estão condenados a repeti-lo”. A ideia de uma existência que segue na perpétua infância, inviabiliza o crescimento moral de uma sociedade e o amadurecimento social, o que só acontece se efetivarmos a elaboração do passado como mecanismo de interpretação do presente. Reagir diante do negacionismo nazista é fundamental para a democracia.

3.4 – HISTÓRIA DO PENSAMENTO RACIAL – UMA GOTA DE SANGUE – O NAZISMO, A EUGENIA E AS LEIS RACIAIS

A ciência das raças surgiu no final do século XVIII e se consolidou no final da década de 1920, com o fortalecimento da ideia de “higiene racial”, estimulada por versões distorcidas da Medicina, do Direito, da antropologia e da teoria evolucionista.

Para construir sua legislação racial, Hitler se inspirou em dois autores: Richard Wagner e Joseph Artur de Gobineau. Wagner escreveu o ensaio *Das Judentum in der Musik* (o Judaísmo na Música) publicado em 1850, no qual ele atacava a influência de judeus na cultura alemã em geral e na música em particular. Nesta obra, descreve os judeus como ex-canibais, treinados para serem agentes de negócios da sociedade. Apesar de não existir diferença de cor

¹⁴⁹ SARTRE, Jean Paul. **O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica**. Tradução de Paulo Perdiggão. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 618.

¹⁵⁰ SANTAYANA, George. **The Life of Reason or The Phases of Human Progress** Volume I: Introduction & Reason in Commonsense. London: Constable & Company, 1905, p. 284. No trecho inteiro, raramente citado, lê-se: “Progress, far from consisting in change, depends on retentiveness. When change is absolute there remains no being to improve and no direction is set for possible improvement; and when experience is not retained, as among savages, infancy is perpetual. Those who cannot remember the past are condemned to repeat it.”

de pele entre os judeus e os alemães, isso pouco importava para estabelecer as distinções. Como bem afirma Demétrio Magnoli¹⁵¹:

“a produção de raças não exige distinções de cor de pele. Basta – como sabem os nigerianos, os quenianos e os ruandenses – a elaboração de uma narrativa histórica organizada a partir de cânones étnicos e crucialmente a inscrição da raça nas tábuas da lei. A distribuição de privilégios segundo critérios de etnia ou raça grava nas consciências o senso de pertinência racial. A raça é uma profecia autorrealizável”.

Por sua vez, Joseph Artur de Gobineau, aristocrata e diplomata francês, escreveu o *Ensaio Sobre a Desigualdade das Raças Humanas*, publicado em 1855, que foi considerado um dos primeiros trabalhos sobre eugenia e racismo publicados no século XIX¹⁵². Gobineau defendeu a divisão da humanidade em três grandes complexos raciais – branco, amarelo e negro. Todas as grandes civilizações se originaram, direta ou indireta, nas raças brancas e, em particular, na “família ariana”¹⁵³ e a miscigenação entre as raças conduzia à degeneração racial, com impactos desastrosos sobre as civilizações e os impérios. “Essa noção gobineauiana de pureza racial inspirou os proponentes de leis antimiscigenação nos EUA e na Alemanha nazista”¹⁵⁴. Inspirado nessas ideias, Hitler escreveu no seu livro *Minha Luta*: “a questão a saber é se o resultado final será a favor da raça ariana ou do eterno judeu. Enquanto nos misturarmos

¹⁵¹ MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gota de Sangue: história do pensamento racial**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 15 e 16..

¹⁵² Explica Demétrio: “mais um século se passou até que o tema da classificação racial derivasse para apreciações que conectavam Biologia e História. Nos tempos de Charles Darwin, tornara-se usual hierarquizar as raças humanas em função de suas capacidades intelectuais e explicar as realizações culturais e econômicas dos povos a partir de potencialidades raciais. Contudo, no século XIX ninguém se entendia sobre a própria classificação racial. Georges Cuvier reduziu as raças a 3, James Prichard encontrou 7, Louis Agassiz aumentou-as para 12, Charles Pickering preferiu 11 e Thomas Huxley sugeriu 4. As coisas pioraram no século XX, com as novas descobertas dos exploradores e dos etnólogos. Joseph Deniker enumerou 29 raças em 1900 e Egon von Eickstedt listou 38 em 1937, quando outros propunham sistemas com mais de uma centena de raças. Bem antes desse colapso classificatório, Darwin registrara as dificuldades para se identificar nítidas diferenças entre as raças humanas, embora ele mesmo flertasse com a ideia da superioridade racial dos europeus”. Idem, p. 21.

¹⁵³ Explica Demétrio: “Os europeus, fonte da civilização ocidental, pertenceriam a um único grande tronco racial, o dos arianos, o mais avançado entre todos. O eixo principal do tronco ariano seria constituído pelos povos nórdicos ou germânicos, que teriam resgatado a civilização clássica pela destruição de um decadente Império Romano, submetido ao domínio de judeus e outros não europeus. Em Chamberlain, o “racismo científico” do século XIX transfigurava-se no nacionalismo racista do século XX, que encontraria uma expressão completa e extremada na Alemanha nazista. A ideia da superioridade da “raça ariana” não era nova e tinha sido desenvolvida, notadamente, por Gobineau. O antisemitismo era muito antigo e sofrera uma releitura pelo pensamento racial do século XIX. A novidade estava na articulação daquelas noções em uma filosofia da história que atribuía aos povos germânicos o papel fundamental de assegurar a continuidade da tradição clássica por meio do ato de separá-la das degenerantes influências semitas”. MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gota de Sangue: história do pensamento racial**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 40.

¹⁵⁴ Idem, p. 24.

com outras raças, elevaremos a um nível mais elevado as raças inferiores, mas descenderemos para sempre da posição elevada em que nos achávamos antes¹⁵⁵”.

Quando Hitler subiu ao poder em 1933, a ciência, a medicina e a tecnologia foram obrigadas a servir ao III Reich. Todos os setores da vida da Alemanha, como educação (por meio da Escola da Juventude Hitlerista, obrigatória para todo os jovens), a imprensa (a partir de jornais como *Der Sturmer*), além dos meios de comunicação (rádio, cinema), ficaram a serviço da ideologia nazista para conquistar a opinião pública. Uma grande representação de cientistas alemães, junto com acadêmicos e intelectuais, declarou sua subserviência ao Estado e aos militares. E na primeira onda de medidas antissemitas, centenas de cientistas foram demitidos, por serem judeus. A geração de pesquisadores endossou a legislação racista e a ela se submeteu. O próximo passo foi submeter a Ciência à ideologia nazista, adaptando-a a novos valores e a novos conceitos de humanidade. Como diz o historiador Joseph Haberer: “a liderança científica adotou a conveniência e obediência e conluiou-se com a vitimização de membros da comunidade¹⁵⁶”.

No final do século XIX, em 1883, Francis Galton forjou, a partir de raízes gregas que significam *boa raça*, o termo *eugenia*, a fim de anunciar a preocupação em torno do bom-nascimento e para designar a Ciência responsável pelo estudo das condições favoráveis e desfavoráveis à reprodução humana. Ele defendia a regulamentação dos matrimônios e dos tamanhos das famílias em função das virtudes e dos defeitos hereditários dos casais¹⁵⁷.

A partir de tais escusas, com o fito de implementar os ideais defendidos pelo eugenismo, incontáveis barbaridades foram cometidas pelos nazistas, verdadeiros massacres contra o povo judeu e demais minorias, sempre com base nas leis sobre saúde hereditária e

¹⁵⁵ HITLER, Adolf. **Minha Luta**. Tomo I. Coleção Personalidades. Porto Alegre: Editora Revisão, 1990, p. 260.

¹⁵⁶ HABERER, Joseph. **Politics and the community of Science**. New York: New York Review, 1969, p. 67.

¹⁵⁷ Confira-se com as proibições decorrentes das chamadas **Leis de Nuremberg** (do alemão *Nürnberg Gesetze*), que foram três textos adotados pelo *Reichstag* sob iniciativa de Adolf Hitler, na sequência de uma sessão extraordinária realizada em Nuremberg por ocasião do 7.º Congresso anual do Partido Nacional Socialista Alemão dos Trabalhadores, em 15 de setembro de 1935 (*Reichsparteitag*): a *Reichsflaggengesetz* (lei da bandeira do Reich); a *Reichsbürgergesetz* (lei da cidadania do Reich); a *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* (Lei da proteção do sangue e honra dos alemães): **Art. 1.** 1) São proibidos os casamentos entre judeus e cidadãos de sangue alemão ou aparentado. Os casamentos celebrados apesar dessa proibição são nulos e de nenhum efeito, mesmo que tenham sido contraídos no estrangeiro para iludir a aplicação desta lei. 2) Só o procurador pode propor a declaração de nulidade. **Art. 2** - As relações extramatrimoniais entre Judeus e cidadãos de sangue alemão ou aparentado são proibidas. **Art. 3** - Os Judeus são proibidos de terem como criados em sua casa cidadãos de sangue alemão ou aparentado com menos de 45 anos. **Art. 4** - 1) Os Judeus ficam proibidos de içar a bandeira nacional do Reich e de envergarem as cores do Reich. 2) Mas são autorizados a engalanarem-se com as cores judaicas. O exercício dessa autorização é protegido pelo Estado. **Art. 5** - 1) Quem infringir o artigo 1º será condenado a trabalhos forçados. 3) Quem infringir os arts. 3º e 4º será condenado à prisão que poderá ir até um ano e multa, ou a uma ou outra destas duas penas. **Art. 6** - O Ministro do Interior do Reich, com o assentimento do representante do Führer e do Ministro da Justiça, publicará as disposições jurídicas e administrativas necessárias à aplicação desta lei.

higiene racial. Ao mesmo tempo, utilizaram-se da norma que determinava a proibição de casamentos entre grupamentos distintos para promover esterilizações forçadas, não só de judeus, mas também de deficientes físicos, o que ocasionou o extermínio de milhões de pessoas. Como explicava Hitler: “Existe um direito sagrado que consiste em velar pela pureza racial, para, pela defesa da parte mais sadia da humanidade, tornar possível um aperfeiçoamento maior da espécie humana¹⁵⁸”.

Assim, as experiências médicas realizadas durante o Terceiro Reich podem ser divididas em três categorias: (i) a *primeira* consiste em experiências que tinham por finalidade facilitar a sobrevivência dos militares das Forças Armadas da Alemanha, em diferentes situações, durante o conflito armado; (ii) a *segunda* desenvolve e testa medicamentos, bem como métodos de tratamento para ferimentos e enfermidades que os militares e a equipe de ocupação alemã encontravam no campo de batalha; (iii) a *terceira* aprofunda os princípios raciais e ideológicos da visão eugênica nazista. Todas as categorias se utilizaram de cobaias humanas. Como veremos a seguir, as mais infames experiências foram feitas por médicos e professores renomados e foram apoiadas por suas respectivas instituições de ensino.

A higienização racial para alcançar a formação da raça ariana estava ligada ao antissemitismo e à perseguição aos judeus, sendo os princípios centrais da ideologia nazista. Desde os idos de 1920, quando publicaram os 25 pontos do programa do Partido Nazista, já estava presente e manifestamente declarada a intenção de segregar os judeus da sociedade "ariana" e de revogar seus direitos civis, políticos e legais¹⁵⁹. De fato, não se pode alegar que à época houvesse qualquer tipo de desconhecimento sobre o nível de antissemitismo expressado por tal partido.

Os alemães constituíram também um sistema judicial eugenista para decidir sobre os pedidos de esterilização. Havia cortes eugênicas distritais, compostas por um juiz, um médico público e um médico especialista em eugenia indicado pelo *Reich*, que realizava julgamentos secretos. Das decisões dessas cortes cabiam recursos para uma Corte Superior

¹⁵⁸ HITLER, Adolf. **Minha Luta**. Tomo I. Coleção Personalidades. Porto Alegre: Editora Revisão, 1990, p. 306. Prossegue: “será a tarefa do Estado do povo converter a raça no centro da vida da comunidade. Ele deve garantir que a pureza da linhagem racial será preservada. Ele deve proclamar como verdade que as crianças são o patrimônio mais valioso que um povo pode ter. Ele deve derivar disso que apenas aqueles que são saudáveis devem gerar crianças; que há apenas uma infâmia, nomeadamente, pais que são doentes ou evidenciam defeitos hereditários trazerem filhos ao mundo, e que, nesses casos, é uma elevada honra abster-se de fazer isso”. Op. cit. p. 310.

¹⁵⁹ Dentre os pontos principais estava o antiparlamentarismo, o pangermanismo, o racismo, a eugenia, o antissemitismo, o anticomunismo, o totalitarismo e a oposição ao liberalismo econômico e político.

Eugênica, que fazia parte, por sua vez, da Corte Suprema e se constituía de modo similar ao das cortes distritais. Por conta desses ideais eugenistas, a Alemanha endossou a maior das atrocidades da história moderna, pois após ter legislado a favor da extinção dos deficientes físicos e mentais, visando à construção de um mundo no qual certos grupos étnicos ou minorias não possuíam valor algum para levar sua vida adiante, voltou seu alvo para os judeus, considerando-os como vermes, bactérias e ratos transmissores de peste que, como tais, deveriam ser imediatamente exterminados.

Embora a Alemanha tenha se tornado o primeiro país oficialmente eugenista¹⁶⁰, é preciso salientar que muito antes da ascensão do nazismo ao poder, a eugenia já era praticada em outros países de tradição democrática. Estima-se que nos EUA também tenham sido esterilizados, entre 1907 e 1949, cerca de 30 mil pessoas¹⁶¹. Tudo em nome de uma política de *raça*, da gota de sangue.

3.5. NAZIFICAÇÃO DOS MÉDICOS¹⁶²

A Alemanha nazista empreendeu uma política eugênica, de seleção dos melhores reprodutores, a partir do desenvolvimento do programa Lebensborn, elaborado por Himmler, um dos oficiais de Hitler – típico plano de eugenia positiva – por meio do qual foram criados centros de maternidade assistida entre os supostos indivíduos racialmente superiores.

O programa funcionou como uma verdadeira fábrica na qual casais geravam filhos para serem educados e criados sob as normas eugênicas desde o nascimento. Estima-se que oito casas reuniram mulheres grávidas e pelo menos 12 mil crianças nasceram durante o programa implantado por Heinrich Himmler em 12 de dezembro de 1935. Após o nascimento de tais crianças, elas eram separadas das mães e levadas para lares rigorosamente escolhidos para que fosse formada a raça pura ariana. Garantia Hitler: “A preocupação principal, na educação das mulheres, é formar futuras mães”¹⁶³.

¹⁶⁰ A Alemanha se tornou o primeiro e único Estado oficialmente eugenista com a promulgação da Lei para Prevenção da Descendência Hereditariamente Doentia, em julho de 1933.

¹⁶¹ MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gota de Sangue: história do pensamento racial**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 47.

¹⁶² “É obrigação do médico, cuidar e assegurar a saúde da nação, sua saúde hereditária e a pureza da raça”. Regulamento dos médicos – 1935.

¹⁶³ HITLER, Adolf. **Minha Luta**. Tomo I. Coleção Personalidades. Porto Alegre: Editora Revisão, 1990, p. 313. E prossegue: “Quem, física ou espiritualmente, não é sadio ou digno, não deve perpetuar seus defeitos através de seus filhos! Nisso consiste a maior tarefa educativa do Estado nacionalista...É uma prova de grande nobreza de sentimentos que o doente renuncie a ter filhos seus”. HITLER, Adolf. **Minha Luta**. Tomo I. Coleção Personalidades. Porto Alegre: Editora Revisão, 1990, p. 307.

O programa foi responsável pelo rapto de meio milhão de crianças por toda a Europa¹⁶⁴, além do sequestro de mulheres nórdicas para serem fecundadas por oficiais da SS escolhidos para tanto (louro, alto, corpo atlético, olhos azuis). Importa esclarecer que nem todos os participantes aderiram à força, muitos foram convencidos e se sentiram lisonjeados. É que as garras do nazismo foram tão mirabolantes e surpreendentes que ainda hoje nos espantamos com detalhes dos seus horrores¹⁶⁵. Nada mais coerente, todavia, com a visão do Führer, quando ele afirma “O Estado deve dirigir a educação do povo, não no sentido puramente intelectual, mas visando sobretudo à formação de corpos sadios. Um homem de modesta educação, mas fisicamente sadio é mais útil à comunidade do que um indivíduo fraco, mas altamente instruído. Nosso primeiro princípio de beleza é saúde!”¹⁶⁶.

Em tais circunstâncias, um médico passa, então, a ser perito em estética, pois o corpo sadio é o belo. Não se está mais a serviço da saúde do indivíduo. Agora, ele deverá curar o corpo da raça, pois passou a ser um guerreiro na luta contra as doenças que ameaçam o corpo do povo alemão. “Só depois de ter tomado esse caminho, será permitido à coletividade a retirada de todas as vantagens da existência de uma raça sadia que constitui a maior felicidade de uma nação”¹⁶⁷. Com essa determinação de Hitler, os médicos passaram a fazer parte de uma sociedade de médicos de uniforme, passando a ser oficiais do exército nazista.

Por causa dessa tal “nazificação dos médicos” foram criadas na Alemanha escolas especiais que ofereciam cursos de Medicina nazista, o que contribuiu para aumentar o contingente desses profissionais dentro do Partido Nazista. Com isso, cerca de 50% dos médicos de toda a Alemanha pertenciam ao Partido de Hitler, o que demonstra como a sociedade alemã, o empresariado, o setor financeiro estavam comprometidos com o regime e foram doutrinados para defender a ideia da extinção dos judeus e de criação de uma raça

¹⁶⁴ “O nariz das crianças era medido e comparado ao tamanho e ao formato considerados ideais; lábios, dentes, quadril e genitálias eram igualmente apalpadados, cutucados e fotografados para separar o trigo geneticamente precioso do joio menos valioso. Essa seleção mais refinada e rigorosa tinha como objetivo redistribuir os cativos entre as quatro categorias raciais. As crianças mais velhas que entraram na lista das categorias 3 e 4 foram enviadas para campos de reeducação na Baviera, bem no centro da Alemanha nazista. As melhores crianças, atribuídas às duas primeiras categorias, seriam entregues, no momento certo, a um projeto secreto liderado pelo próprio *Reichsführer* (literalmente, "chefe supremo" da SS). O projeto se chamava Lebensborn”. OELHAFEN, Ingrid Von; TATE, Tim. **As crianças esquecidas de Hitler. A verdadeira história do programa Lebensborn**. Tradução: Rogério Bettoni. São Paulo: Ed. Contexto, 2017, p. 17. No filme “Filhos da Guerra”, conta-se a história verídica de Solomon Perel, um garoto judeu que fingiu ser alemão para sobreviver (baseado no livro “Europa, Europa”). Há uma cena famosa no filme no qual ele é escolhido por um professor para ser medido da cabeça aos pés como referência de um corpo ariano. A estupidez não tem mesmo limites.

¹⁶⁵ OELHAFEN, Ingrid Von; TATE, Tim. **As crianças esquecidas de Hitler. A verdadeira história do programa Lebensborn**. Tradução: Rogério Bettoni. São Paulo: Ed. Contexto, 2017, p. 238.

¹⁶⁶ HITLER, Adolf. **Minha Luta**. Tomo I. Coleção Personalidades. Porto Alegre: Editora Revisão, 1990, p. 309.

¹⁶⁷ Op.cit. p. 307.

superior. Cerca de 350 médicos qualificados (incluindo professores universitários) envolveram-se em experiências nos campos de concentração¹⁶⁸.

Em 14 de julho de 1933, com a promulgação da Lei para a Prevenção da Descendência Hereditariamente Doentia, (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*) a Alemanha se tornou o primeiro e único Estado oficialmente eugenista¹⁶⁹. A lei de 1933¹⁷⁰, que passou a vigorar a partir de 1.º de janeiro de 1934, aprovava oficialmente a eutanásia. E Hitler a justificava no sentido de que a norma iria ajudar a eliminar a doença, sendo vital para o auxílio aos fortes e sadios. Após sua publicação, Hitler instituiu os médicos como líderes da política racial na procura do sangue puro. Nesse ano, teve início o registro de deficientes físicos e mentais, com o intuito de tomar medidas de esterilização forçada, com o intuito de preservar uma descendência saudável.

A lei conferia ao Estado o poder de esterilizar portadores de doenças que se supunha hereditárias, como esquizofrenia, insanidade maníaco-depressiva ou epilepsia. Cegos, surdos e portadores de outras deficiências também poderiam ser esterilizados¹⁷¹ se os médicos oficiais do regime nazista diagnosticassem causas hereditárias para tais males. “Essa lei permitia a vasectomia de alcoólatras e portadores de outras doenças, além de encarcerados em campos”¹⁷². Em 1935, sobreveio a Lei para Proteção da Saúde do Povo Alemão, que veio para complementar a lei de esterilizações de 1933, prevendo o controle e a proibição dos casamentos entre indivíduos com doenças venéreas e genéticas. Em seu artigo 1º, estabelecia que: nenhum

¹⁶⁸ CORNWELL, John. **Os cientistas de Hitler. Ciência, Guerra e o Pacto com o Demônio**. Tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 311.

¹⁶⁹ Para complementar essa Lei, houve ainda a edição de seis decretos regulamentares até 1936: o decreto de 5 de dezembro de 1933, o de 29 de maio de 1934, o de 25 de fevereiro de 1935, o de 18 de julho de 1935, o de 25 de fevereiro de 1936 e o de 23 de dezembro de 1936, que oficializavam a permissão para destruir a vida “indigna”.

¹⁷⁰ Eis o teor de parte da norma de 14 de julho de 1933: parágrafo 1: (1) - Quem estiver hereditariamente doente pode ser esterilizado quando, de acordo com os conhecimentos da ciência médica, existe uma grande probabilidade de que seus descendentes padecerão de graves danos, físicos e psíquicos de ordem hereditária. (2) - - Hereditariamente doente no sentido desta Lei é todo aquele que padece de uma das seguintes doenças: 1. Deficiência mental congênita 2. Esquizofrenia 3. Loucura maníaco-depressiva 4. Epilepsia 5. Doença de Huntington hereditário 6. Cegueira hereditária 7. Surdez hereditária. 8. Graves malformações físicas hereditárias. (3) - Subsequentemente, pode ser esterilizado aquele que padece de alcoolismo grave.

¹⁷¹ MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gota de Sangue: história do pensamento racial**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 47.

¹⁷² CORNWELL, John. **Os cientistas de Hitler. Ciência, Guerra e o Pacto com o Demônio**. Tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 154. Esse parágrafo deixa clara a necessidade da esterilização para compor uma sociedade saudável, como preconizada pelo ideal nazista. Os médicos não se opuseram e cumpriram a lei com determinação “germânica”. Afirma também o texto de que o indivíduo a ser esterilizado não precisa tomar conhecimento do que está ocorrendo e suas consequências para sua vida futura. Estima-se que entre 1933 e 1944, cerca de 300 mil a 400 mil pessoas foram esterilizadas à força na Alemanha nazista. “Com o tempo, problemas sociais como a pobreza eram atribuídos à hereditariedade”. CORNWELL, John. **Os cientistas de Hitler. Ciência, Guerra e o Pacto com o Demônio**. Tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 304.

casamento poderá ser realizado nem concluído: a) quando um dos noivos sofrer de uma doença contagiosa, que possa prejudicar a saúde de seus descendentes; b) quando um dos noivos estiver internado ou momentaneamente sob a tutela do Estado; c) quando um dos noivos, sem estar internado, sofrer de doença mental, que faça do casamento “indesejável” para sua comunidade étnica; d) quando um dos noivos sofrer de doenças hereditária nos moldes da Lei de prevenção da descendência.

Em fins de 1938, Hitler incumbiu Karl Brandt, um de seus médicos pessoais, a iniciar um programa de assassinato com injeções letais em crianças deficientes internadas em hospitais, começando a matança legalizada das crianças com deformidades mentais e físicas. Essa iniciativa foi o prelúdio da eutanásia, passando a incluir os adultos portadores de doenças mentais. Esse programa ganhou força de lei com um decreto do Führer em outubro de 1939 e que teve sua data antecipada para 1 de setembro para coincidir com o início da Guerra.

A burocracia desse assassinato passou a ser conhecida como Departamento de Eutanásia ou *Aktion T4*. Nesse programa, pacientes eram avaliados por médicos e transportados para centros de recuperação, onde eram envenenados com gases tóxicos, a partir de 1940. O Programa ficou conhecido como T4, em alusão ao seu endereço - Tiergarten Strasse, número 4, onde se localizava o *Grupo de Trabalho de Sanatórios e Casas de Saúde do Reich*, em Berlim. Referido grupo de trabalho envolvia ainda instalações especiais de matança, espalhadas por toda a Alemanha como os outros seis centros de Eutanásia de Bernburg, Brandenburg, Grafeneck, Hadamar, Hartheim e Sonnenstein.

3.6 - EXPERIÊNCIAS COM GÊMEOS E ANÕES

Na rampa da ferrovia do campo de concentração e de extermínio de Auschwitz, o Dr. Josef Mengele, na companhia de outros médicos e antropólogos selecionavam os prisioneiros, assim que desembarcavam. No desembarque, os prisioneiros eram divididos em dois grupos: mães com filhos e velhos eram indicados para esquerda, ou seja, *Birkenau*, onde eram encaminhados direto para as Câmaras de Gás, enquanto os considerados capazes eram indicados para direita (*Monowitz*) como trabalhadores escravos nas fábricas da IG Farben. Além desses, Mengele escolheu centenas de pares de gêmeos, cerca de cem famílias de anões e outros tantos deformados para seu laboratório de experiências.

Dr. Fritz Klein, médico da SS, companheiro de Josef Mengele, chegou em Auschwitz em 15 de dezembro de 1943, participando da “*Selektion*” na rampa de Auschwitz, trabalhando inicialmente no campo de Birkenau, na seção de mulheres. Posteriormente,

trabalhou no campo dos ciganos. Na visão do referido médico, o Juramento de Hipócrates o obrigava a extirpar o apêndice infectado de um enfermo para salvá-lo, por respeito à vida humana. Em sua visão, o judeu seria o apêndice infectado no corpo da Europa. Por isso, a necessidade de exterminá-los. Fritz Klein (1888-1945) foi condenado à morte no Julgamento dos Médicos em Nuremberg. As experiências com gêmeos visavam a descobrir as semelhanças e diferenças na sua genética, bem como para testar até que ponto o corpo humano poderia ser manipulado. Dr. Josef Mengele, idealizador dos experimentos com gêmeos e anões, estava interessado em entender a genética de tais grupos. Parte do trabalho de Mengele com gêmeos pode ser reconstruído pelo relatório de seu assistente judeu húngaro, Dr. Miklos Nyisli, ou por relatos de outros internos. “Ao descobrir anomalias hereditárias do olho em duas famílias de ciganos, este separou quatro pares de gêmeos, a quem Mengele assassinou com injeções intracardíacas. Os olhos desses pares foram enviados para o Instituto Kaiser Guilherme de Antropologia, para serem estudados detalhadamente por um certo Dr. Magnussen, que escrevia um trabalho sobre o tema¹⁷³”. Também infectou gêmeos idênticos e não idênticos com bactéria tifoide, tirando sangue em várias etapas para análise química enviada para Berlim, acompanhando o desenvolvimento da doença até sua morte. Houve ainda experimentos com malária, gás mostarda, sulfamida, água do mar, esterilização, tifoide, venenos, altas altitudes, dentre outras aberrações.

Josef Mengele (1911-1979) nunca foi punido por suas experiências e atitudes. Após a guerra, passou por vários países da América do Sul, falecendo no Brasil, no litoral paulista, em Bertioiga.

3.7 – A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO COMPARADO – UMA ANÁLISE SOBRE EUA E ALEMANHA

Parte-se agora para análise da liberdade de expressão porque este, juntamente com a raça, foi o argumento principal para o desfecho do julgamento do caso Ellwanger.

¹⁷³ CORNWELL, John. **Os cientistas de Hitler. Ciência, Guerra e o Pacto com o Demônio**. Tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 318. Segundo Perla Ovitz, de uma família de anões, a quem Mengele chamava de grupo Lilliput, “todos os dias os doutores nos tiravam sangue. Na noite anterior, tínhamos que fazer jejum. Era uma seringa grande, a quantidade que tiravam era enorme, e estando fracos pela fome, com frequência, desmaiávamos. Isso não freava Mengele. Ele nos fazia deitar, enquanto nos recuperávamos para continuar a extrair nosso sangue.... Eles nos furavam sem cuidado e o sangue espirrava...Quando voltávamos para nosso barracão, desabávamos na cama de madeira, e antes que tivéssemos tempo para recobrar-nos, éramos convocados para um novo ciclo”. KOREN, Yehuda; NEGEV, Eilat. **Gigantes no Coração**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2006, p. 86.

Inicialmente, importa destacar os principais argumentos que existem na defesa da liberdade de expressão, desenvolvidos muitas vezes com base no princípio da proporcionalidade. Além disso, cumpre também tecer algumas breves considerações sobre o negacionismo e sobre o desenvolvimento do Holocausto e da perseguição em si que houve em relação a este povo.

Na linhagem mais tradicional de defesa da liberdade de expressão, surgem duas justificativas interligadas: o livre mercado de ideias e a busca da verdade. Ambas são reiteradamente citadas em decisões da Suprema Corte estadunidense e nascem, contudo, de uma fonte bem mais antiga –a argumentação de Stuart Mill em defesa da prerrogativa, em geral, e da salvaguarda expressão, em particular. Nessa linha de raciocínio, basicamente, a liberdade deve ser assegurada *sem ressalvas* –ou com *mínimas ressalvas possíveis* –porque só a partir dela se pode ter efetivamente a busca pela verdade. Dessa maneira, argumenta Mill, como não existe certeza ou verdade absoluta, a manifestação de qualquer ideia deve ser permitida, pois o que era considerado apanágio ontem pode se mostrar falso amanhã.

Parte-se do pressuposto de que não existe espaço, em uma sociedade democrática, para censura. Do contrário, deve-se reconhecer que a livre circulação de pensamentos permite o debate sobre os mais diversos temas. O *mercado livre de ideias* funciona para a promoção da diversidade e do intercâmbio de divagações como o único modo idôneo de se buscar a verdade, o que se configura essencial para o bom funcionamento do sistema democrático e da existência de uma sociedade aberta. Ao defender a ampla liberdade de pensamento e de discussão, Stuart Mill¹⁷⁴ enfatiza que nada seria mais prejudicial a toda humanidade do que silenciar a expressão de uma opinião. A censura somente poderia ser imposta em situações completamente excepcionais, que significassem perigo de maneira tão iminente aos direitos fundamentais a ponto de autorizar interferência imediata e urgente. Incidiria, então, a teoria do perigo real e iminente, que é a teoria atualmente em vigor na Corte Constitucional norte-americana.

Diferentemente do que acontece nos EUA, país em que predomina a liberdade de expressão, na Alemanha existem limites impostos previamente à liberdade, quais sejam, temas que violem a dignidade humana, a vida, a diversidade de crenças, de opiniões, as diversas convicções morais e religiosas, a solidariedade e não-discriminação, não podem ser debatidos. Após termos estudado o Holocausto e sendo esse tão recente na história humana, fica mais compreensível perceber o porquê de tantas restrições ao pensamento livre. Há proibição da

¹⁷⁴ MILL, John Stuart. **Ensaios sobre a liberdade**. Vide editorial: Campinas, 2018, p. 44. OSÓRIO, Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2017, p. 55.

abordagem de determinados tópicos e conteúdos, como a vedação à utilização de insígnias de organizações proibidas pela Constituição, à discriminação por nacionalidade, raça, religião e etnia, à negação ou à diminuição dos atos cometidos pelo Nazismo, à glorificação da guerra, da pornografia e dos atos de abuso sexual contra crianças e adolescentes.

Por outro lado, mesmo na Europa e com o legado do Holocausto, não se pode ignorar a necessidade de se ter cautela diante da interpretação que se confere ao termo *interesse público* como limitador da liberdade de expressão, pois é possível valer-se de sua inexatidão conceitual para impor limites não-legítimos quando, na verdade, o que muitas vezes se objetiva fazer é silenciar o debate de ideias não desejadas ou a determinação artificial do seu resultado. Stanley expõe a fraqueza do argumento sobre a ausência de restrição nos discursos. Segundo ele, que também remete a Stuart Mill, a liberdade de expressão teoricamente nos conduziria ao *mercado de ideias* no qual a verdade prevaleceria, enquanto as mentiras são rejeitadas¹⁷⁵. Todavia, Stanley afirma que a proliferação recente de *teorias da conspiração* refuta a premissa de que *a razão sempre vence no campo da democracia liberal*. As críticas decorrem de um erro cometido por defensores da liberdade de expressão: eles tendem a acreditar que em todos os debates haverá diálogos produtivos, o que de fato nem sempre ocorre¹⁷⁶. Sobre a liberdade de expressão nos EUA, aponta Michel Rosenfed¹⁷⁷:

“A liberdade de expressão não é apenas o mais importante direito constitucional americano, mas também um dos seus mais famosos símbolos culturais. Ademais, a proeminência do livre discurso nos Estados Unidos é devida a vários fatores, inclusive à sensível preferência pela liberdade em detrimento da igualdade, a valorização do individualismo e uma tradição de direitos humanos naturais derivada de Locke”.

Dessa maneira, há nítida predominância do pensamento liberal nos EUA, onde a liberdade de expressão alcança o *status* de super princípio, considerado como uma garantia fundamental e individual do cidadão, com importância quase sagrada, tanto que consta da 1ª Emenda à Constituição.

¹⁷⁵ STANLEY, Jason. Op.cit., 2018, p. 6; ALI, Mohamed. **O equívoco de defensores e críticos do “mercado de ideias”**. Disponível em: <https://objetivismo.com.br/artigo/o-equivoco-de-defensores-e-criticos-do-mercado-de-ideias?fbclid=IwAR2wzgDdfBYwQSSPBNYfEncBM9sSfC24GWDBTbqzzSYewdoBtHIPotCispk>. Acesso em: 18 SET 2022.

¹⁷⁶ Idem. Ibidem.

¹⁷⁷ ROSENFELD, Michel. **Hate Speech in constitucional jurisprudence: a comparative analysis**. Working Paper Series 41/11, 2001, p. 41. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939. Acesso em 18 SET 2022.

Por sua vez, a jurisprudência alemã acerca do discurso do ódio e da liberdade de expressão traz em si algumas ambiguidades, como veremos melhor a seguir. Ao mesmo tempo em que reconhece a liberdade de expressão como um valor e como um bem jurídico a ser protegido, por vezes decide contra a sua implementação. A ponderação realizada pelo Tribunal Constitucional invariavelmente se resolve em prol da posição que mais reforce os valores de *unidade da comunidade*. Nessa linha, quando o interesse em defender a dignidade e a honra for contra os *inimigos da democracia*, a ponderação se resolve a favor da liberdade de expressão (como nos casos *Lüth* e *Tucholski I ou Soldados são assassinos*, que veremos a seguir)¹⁷⁸. Por outro lado, quando se trata de analisar o discurso do ódio que ataca os valores da democracia militante ou a integridade da comunidade, a ponderação admite restrições à liberdade de expressão (como nos casos *Auschwitz Lie - David Irving* e *Rudolf Hess*)¹⁷⁹. É bem verdade que a prática do comunitarismo pela Corte não é recente. Ao contrário, já em suas primeiras decisões, o Tribunal explicitou uma *clara perspectiva comunitária na concepção do ser humano*, quando, em 1954, consignou que a imagem do homem na Lei Fundamental seria a decorrente da relação entre o indivíduo e a comunidade.

No caso *Auschwitz Lie ou David Irving*, a negação da utilização de câmaras de gás em Auschwitz feita pelo revisionista inglês David Irving foi considerada um insulto coletivo ao povo judeu. Já no caso *Soldados são assassinos*, a Corte decidiu que afirmar que “soldados são assassinos” não ofenderia a honra dos soldados pois os réus *não fizeram afirmações sobre soldados certos e determinados que teriam cometido assassinatos no passado*. Não é possível ser mais contraditório.

Se levarmos em conta que o direito à liberdade de expressão existe precisamente para proteger sobretudo as opiniões odiosas ou, ao menos, minoritárias, pode-se até mesmo falar em uma proteção insuficiente a esse direito fundamental na Alemanha. Não se pode ignorar ainda a incidência de censura decorrente dos efeitos do *chilling effect*, que é a inibição ou desencorajamento do exercício legítimo de pensar de maneira diferente por o autor se sentir ameaçado e cancelado, em tempos de redes sociais massacrantes, afora a sanção legal e a pressão social. Pode-se, então, falar sobre um verdadeiro paradoxo na Alemanha em se tratando da proteção à liberdade de expressão, uma vez que se protegem justamente as opiniões que não necessitam da salvaguarda do Direito, pois já representariam a opinião majoritária. A liberdade de expressão prevaleceu no julgamento do caso **Romance Pornográfico** (BverfGE 83,130.

¹⁷⁸ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005. **Caso LÜTH** (BverfGE 7, 198. 1958).

¹⁷⁹ Caso **Auschwitz Lie** - BverfGE 93, 266-312. 1995. Caso **Rudolf Hess** - (BverfGE 1 BvR 2150/08).

1990) e no **Livro sobre a Guerra** (BVerfGE 90,1-22. 1994). Todavia, houve restrição à liberdade em **Lebach** - (BVerfGE 35, 202. 1973); **Mephisto** (BVerfGE 30, 173 (193 *et seq.*)) e no **Grafito de Zurique** (BVerfG NJW 1984, 1293-1295).

Vejamos alguns exemplos de casos que foram julgados nas Suprema Corte norte-americana e na alemã envolvendo o princípio da proporcionalidade e a liberdade de expressão. Nos Estados Unidos, a aplicação do princípio da razoabilidade surgiu com o liberal **Período Lochner** (Caso *Lochner vs. New York* – quando a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei que limitava a carga horária dos padeiros – violação ao princípio do contrato e ofensa à razoabilidade de o Estado interferir na economia). A consolidação do princípio da razoabilidade decorreu do julgamento pela Suprema Corte norte-americana de uma série de casos, envolvendo também a liberdade de expressão, a saber:

- **Caso TERMINIELLO v. CHICAGO** (Suprema Corte Americana, 337 U.S. 1 (1949): Um padre foi preso pela Polícia de Chicago por proferir discurso agressivo à causa negra e à judaica, sob justificativa de que seus sermões de índole antissemita e fascista causavam desordem. O Tribunal sustentou que a função da liberdade de expressão é a de promover a disputa, com base na razoabilidade, e que este objetivo poderia ser mais bem alcançado quando se criavam insatisfações ou levavam pessoas à raiva. Na essência, segundo a Suprema Corte, todos os discursos são frequentemente provocativos e desafiadores, e podem se valer de preconceitos que causem profundos efeitos. Assim, a Corte reviu a condenação imposta ao Padre em Primeira Instância e manteve a liberdade de expressão;

- **Caso R.A.V. v. CITY OF St. PAUL** – (Suprema Corte Norte-americana, 505 U.S. 377 (1992): determinados adolescentes queimaram cruzeiros - símbolo característico da KU KLUX KLAN no jardim da residência de uma família negra. O Tribunal entendeu ser inconstitucional, com base na razoabilidade, a lei da cidade de Saint Paul por meio da qual se tipificava como contravenção a exposição, pública ou privada, de símbolos, objetos, grafites, incluindo cruzeiros em chamas ou da suástica nazista que pudessem gerar raiva, alarde ou ressentimento de outros com base na raça, cor, credo, religião ou gênero. A decisão baseou-se no fato de que a referida lei poderia ocasionar restrição demasiada à liberdade de manifestação de pensamento. Os adolescentes foram liberados;

- **Caso TEXAS v. JOHNSON** (Suprema Corte Americana, 491 U.S. 397 (1989): Durante a Convenção Nacional Republicana ocorrida em Dallas, Texas, em 1984, determinado cidadão protestava contra a política da administração de Ronald Reagan. Depois de marchar pelas ruas

da cidade, colocou fogo na bandeira americana sob a cantoria da multidão. Johnson foi condenado por profanação de símbolo nacional com base nas leis do Estado do Texas. A questão foi levada à Suprema Corte. O indivíduo foi absolvido. A Corte fixou o entendimento, com base na razoabilidade, de que atear fogo na bandeira norte-americana se configurava espécie de manifestação de pensamento protegida pela Primeira Emenda à Constituição;

• **Caso BRANDENBURG VS. OHIO 395 U.S. 444 (1969):** Um fazendeiro, olhando fixamente para uma câmera, reafirma a uma entrevista de televisão os valores racistas da Ku Kux Klan e fala sobre a supremacia branca e a inferioridade dos negros. Afirma: “pessoalmente, acredito que os negros deveriam ser devolvidos à África e os judeus devolvidos a Israel”. Atrás dele, ouvem-se palavras de apoio. As instâncias ordinárias o condenaram criminalmente. Com essa tese não concordou, porém, a maioria dos *Justices* da Suprema Corte. Ao contrário, decidiu-se reverter a condenação do fazendeiro, uma vez que suas palavras, apesar de serem moralmente reprováveis e repulsivas, não se configuravam em palavras de luta (*fighting words*), até mesmo pelo contexto em que foram proferidas. Não caberia ao Estado –à luz da Primeira Emenda –promover um juízo de valor sobre a bondade ou maldade das palavras de quem quer que seja. A Corte não admite, em resumo, formular juízos baseados no conteúdo do discurso em si. Só se pode limitar a liberdade de expressão quando houver clara e imediata incitação à violência, independentemente do conteúdo das palavras proferidas –uma iminente ação ilegal;

• No caso **National Socialist Party of America v. Village of Skokie**, 432 U.S. 43 (1977), a Suprema Corte entendeu que era constitucional a realização de um comício neonazista em Skokie, Illinois, uma pequena cidade com grande população judia. A Suprema Corte manteve o direito do partido neonazista de marchar pela cidade com base na proteção conferida pela primeira emenda. Como um juiz da Corte disse: “é melhor permitir que aqueles que pregam o ódio racial espalhem o seu veneno em retórica do que ficar apavorado ao embarcar na rota perigosa de permitir que o governo decida o que os cidadãos podem falar e ouvir”¹⁸⁰.

• **Caso BOY SCOUTS OF AMÉRICA V. DALE (Suprema Corte Norte-americana 530, US 640 (2000):** James Dale entrou para o grupo de escoteiros em 1978, com a idade de oito anos. Primeiramente como *lobinho*, tornou-se escoteiro em 1981, permanecendo no grupo até os 18 anos. Dale era escoteiro exemplar. Em 1988, Dale fez jus à honraria tornando-se *Eagle Scout*, título distintivo. Em 1989, requereu sua permanência no grupo, como escoteiro adulto. Foi aprovado e tornou-se assistente de líder na Tropa 73. Nesse mesmo ano, Dale começou a

¹⁸⁰ BOYLE, Kevin. Hate Speech – the United States versus the rest of the world? In: **Maine Law Review**, 2001, p.9. Tradução livre.

frequentar a faculdade. Em seguida tornou-se copresidente da aliança de *gays* e lésbicas, da faculdade na qual estudava. Em 1990, Dale participou de um seminário, no qual palestrou sobre necessidades psicológicas e físicas de adolescentes homossexuais. Dale também deu longa entrevista para jornal que cobria o seminário. Advogou que adolescentes *gays* e lésbicas precisavam de modelos homossexuais. A foto de Dale foi publicada junto com a entrevista. No fim daquele mês, ele recebeu uma carta do grupo de escoteiros dando notícia de que sua participação no grupo estava encerrada e que sua inscrição fora cancelada. Dale escreveu para o líder do grupo pedindo explicações para o desligamento. O chefe respondeu dizendo que o regulamento dos escoteiros especificamente proibia a participação de homossexuais. Dale imediatamente ajuizou ação, alegando que o grupo de escoteiros violava a lei relativa ao uso de instalações públicas do estado de Nova Jersey, bem como teria desrespeitado os princípios do *common law*. O caso foi paradigma de tema referente ao controle de constitucionalidade de políticas de organizações privadas, além de preconceito e de liberdade de orientação sexual. Dale invocou como defesa a lei de Nova Jersey pois esta proibia qualquer forma de discriminação em ambientes de uso público, como nos locais nos quais os escoteiros se reuniam. O *common law* também vedava qualquer modalidade de discriminação. A questão colocada em juízo consistia em indagar se *um determinado grupo pode excluir pessoa não desejada*. A questão chegou à Suprema Corte, que decidiu que, com base na razoabilidade, o grupo teria o direito constitucional de excluir pessoa indesejada se a presença dessa pessoa ameaçasse a liberdade do grupo na expressão de ideias públicas e privadas.

A prática na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense demonstra que não há utilização de regras pré-definidas para aplicação do princípio da razoabilidade. Os critérios norteadores da razoabilidade seriam aquilo que os *justices* julgarem que seja conforme a razão, o equilíbrio, o bom senso, a moderação e a harmonia dos juízes. A utilização do princípio da razoabilidade demonstra a cultura de um povo, que pode ter viés mais conservador ou progressista, em termos de reconhecimento das limitações impostas aos direitos fundamentais. Na verdade, em um modelo de Estado Liberal, como nos EUA, mais decisões são proferidas em favor da liberdade de expressão, que possui o *status* de super princípio no direito estadunidense.

Já na escola alemã, também o princípio da proporcionalidade foi utilizado como forma de resolução de inúmeros precedentes, porém de maneira diferente dos EUA. Na Alemanha, a aplicação do princípio da proporcionalidade acontece a partir de subprincípios que

o densificam: subprincípio da *adequação* – quando se questionam se as medidas propostas na lei são aptas a atingir os objetivos pretendidos? (para saber quais são tais objetivos pretendidos inicialmente se faz necessário ir em busca da chamada prognose legislativa, que são as razões ou motivos que fizeram os legisladores objetivarem tais resultados normativos) - *Necessidade ou exigibilidade* – há algum meio menos gravoso para atingir os fins visados (proibição de excesso)? e finalmente se verifica a *proporcionalidade em sentido estrito*, quando se realiza uma ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, em outras palavras, observa-se se há compatibilidade entre a medida proposta e os valores do sistema constitucional. Vamos à análise de casos nos quais se aplicou a proporcionalidade envolvendo a liberdade de expressão pela Corte Constitucional Alemã:

- **Caso LÜTH** (Corte Constitucional Alemã – BverfGE 7, 198. Julgado em 15 de janeiro de 1958): Lüth, diretor do clube de imprensa de Hamburgo, resolveu liderar uma campanha, na abertura da Semana Alemã de Cinema, que visava a boicotar o filme do diretor Harlan¹⁸¹, por acreditar que este havia sido cúmplice de nazistas. Sustentava que, caso o filme entrasse em cartaz, seria dever de todos os “alemães decentes” não o assistir. O Tribunal de Primeira Instância condenou Lüth a parar imediatamente com o movimento, decisão revista pela Corte Constitucional, por entender que a manifestação de pensamento não necessariamente implicaria a apologia da conduta adequada e apropriada (*boni mores*). A proibição de parar o boicote ao filme não era proporcional, por ser excessiva, na visão da Corte Constitucional. E assim proclamou a Corte:

Ao proibir Lüth de fazer as declarações sobre o ressurgimento de Harlan, o julgamento do Tribunal de Primeira Instância claramente restringiu o direito de liberdade de expressão. O direito fundamental de liberdade de expressão é o aspecto imediato da personalidade humana na sociedade, um dos direitos mais preciosos do homem (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789, Art. 11). É absolutamente essencial a um Estado democrático e livre que se permita esta constante interação espiritual, este conflito de opiniões, que é um elemento vital (BverfGE 5, 85 (205)). Num certo sentido, é a base da própria liberdade, ‘a matriz, a condição indispensável de qualquer forma mais próxima da liberdade’.

- **Caso Lebach** - (Corte Constitucional Alemã - BverfGE 35, 202. Julgado em 5 de junho de 1973): Um canal de televisão da Alemanha resolveu exibir um documentário sobre o

¹⁸¹ O nome de Veit Harlan, cineasta a serviço de Joseph Goebbels, o ministro da Propaganda nazista, é associado principalmente a *Jud Süß (O judeu Süß)*, o filme mais torpe e antisemita do período nazista, visto na época por mais de 20 milhões de espectadores em toda a Europa.

“assassinato de soldados de Lebach”, quando estava bem próxima a data em que um dos envolvidos, que cumpria pena pelo crime, seria solto. O envolvido, então, formulou pedido liminar para que o documentário não fosse exibido, alegando que dificultaria a sua ressocialização. O caso foi levado ao Tribunal Constitucional que concluiu pela proibição do documentário:

“Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves tem o interesse de informações da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o *princípio da proporcionalidade*. Por isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação. A proteção da personalidade não autoriza, porém, que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário. A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo o caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social”.

- **Caso da Corte Constitucional Alemã - BverfGE 90,1-22. Julgado em 11 de janeiro de 1994 – CASO DO LIVRO SOBRE A GUERRA:** Determinado autor resolveu publicar um livro no qual propagava controvertido ponto de vista de história política, atribuindo aos países aliados a culpa pela ocorrência da Segunda Guerra Mundial. Como ficaria o dever de proteção à juventude diante da liberdade acadêmica? O Tribunal fixou a inconstitucionalidade da proibição de divulgação de livro no qual atribuída aos países aliados a culpa pela ocorrência da Segunda Guerra Mundial, por estar a obra protegida pela liberdade de opinião, ainda que se considerasse o interesse da proteção à juventude em ter acesso à crítica. O autor estaria agindo academicamente, porquanto buscava propagar certo ponto de vista de história política, com base na proporcionalidade. A Corte ressaltou que a liberdade acadêmica resguardaria também as opiniões minoritárias, bem como os resultados incorretos ou incompletos. Teve presente a Corte a necessidade de haver um equilíbrio entre a liberdade de opinião e a proteção à juventude e que deveria prevalecer a liberdade de manifestação de pensamento, porque os jovens somente poderiam se tornar adultos maduros e conscientes das escolhas se pudessem basear as discussões em diferentes opiniões sobre os mesmos fatos.
- **Caso da Corte Constitucional Alemã - BverfGE 93, 266-312. Julgado em 10 de outubro de 1995. CASO TUCHOLSKI I OU SOLDADOS SÃO ASSASSINOS:**

Determinadas pessoas foram acusadas e condenadas por crime de insulto à honra das Forças Armadas e de soldados individuais por terem escrito faixas, cartas e folhetos com afirmações de que “soldados são assassinos” ou “soldados são assassinos em potencial”. O caso chegou ao Tribunal Constitucional, que reconheceu não ser hipótese de crime contra a honra, e que, no caso, prevaleceria a liberdade de manifestação de opinião, esclarecendo que o fato de as declarações terem sido formuladas de maneira polêmica não as excluem do âmbito de proteção aos direitos fundamentais. Os manifestantes teriam direito a tornar suas opiniões conhecidas, podendo até mesmo escolher as circunstâncias por meio das quais obteriam maior disseminação das ideias. O Tribunal destacou ainda que a proteção à honra somente prevaleceria se as expressões utilizadas contra grupos coletivos atingissem “pessoalmente” a honra dos indivíduos daquela coletividade, o que não havia acontecido no caso concreto.

• **Caso da Corte Constitucional Alemã - BVerfGE 83,130. Julgado em 27 de novembro de 1990. CASO DO ROMANCE PORNOGRÁFICO. Problema:** Determinada autora resolveu publicar um livro pornográfico: “Josefine Mutzenbacher – A História da Vida de uma Prostituta Vienense, contada por ela mesma”. Ajuizaram uma reclamação constitucional visando a incluir tal obra na lista de livros proibidos para menores. O caso chegou ao Tribunal Constitucional que, com base na proporcionalidade, decidiu que a divulgação de romance pornográfico estaria protegida pela liberdade de arte e de ciência, mesmo se essa conduta expusesse a perigo menores e crianças. A Corte alemã reconheceu que o trabalho possuía os elementos estruturais característicos de uma obra de arte, sendo resultado da liberdade e da construção criativa, nas quais as impressões, experiências e fantasias da autora são expressas na forma literária de um romance.

• **Caso Mephisto** (BVerfGE 30, 173 (193 *et seq.*)): na decisão de 24.2.1971, relativa à publicação do romance Mephisto, de Klaus Mann, reconheceu-se o conflito entre o direito de liberdade artística e os direitos de personalidade como derivações do princípio da dignidade humana. Tratava-se, na origem, de postulação do filho adotivo do falecido ator e diretor de teatro Gustaf Grundgen para que o livro fosse proibido, ao argumento de que se cuidava, na verdade, de biografia depreciativa e injuriosa da memória de seu pai, caricaturado na figura da personagem protagonista da obra. A Corte decidiu pela proibição do livro, sob o argumento de que o direito de liberdade artística não fora assegurado de forma ilimitada;

• **Caso do Grafiteiro de Zurique** (BVerfG NJW 1984, 1293-1295): Harald Naegeli, um artista suíço foi condenado pelo Tribunal Superior de Zurique a nove meses de reclusão. Ele foi considerado juridicamente culpado por ter desenhado figuras com grafite em spray sobre a

superfície de mais de 100 edifícios públicos e privados em diversas localidades da Suíça. Em última instância da jurisdição local, sua reclamação para anulação da condenação foi indeferida pelo Tribunal Federal Suíço, no entanto, à época deste último julgamento Naegeli já havia deixado sua terra natal e se exilado na Alemanha, o que motivou as autoridades suíças a expedirem um mandato de extradição ao país vizinho para iniciar o cumprimento da pena. Na Alemanha, o seu pedido de extradição foi admitido e a Corte Constitucional decidiu que os pressupostos formais e materiais para extradição estavam preenchidos e se encontravam em conformidade com a Lei Fundamental;

- Caso **Rudolf Hess** - (BverfGE 1 BvR 2150/08): Em 2005, o Partido Nacional Socialista Alemão manifestou a vontade de fazer uma reunião anual, na cidade de Wunsiedel, “em homenagem a Rudolf Hess”. Rudolf Hess era o braço direito de Hitler. Foi preso e condenado em Nuremberg à pena de prisão perpétua. Morreu, ainda na prisão, em 1977 e foi enterrado na mencionada cidade. A reunião foi proibida pelas autoridades administrativas. A questão chegou à Corte Constitucional que, não obstante tenha reconhecido que a lei que criminalizou a negação do Holocausto não atendia aos pressupostos constitucionalmente exigidos, deveria *excepcionalmente* ser admitida e aplicada nesse caso para fins de impedir a reunião, por se tratar de um caso particular na história do povo alemão;

- Caso **Auschwitz Lie** – (BverfGE 90, 241): No julgamento do caso *Auschwitz Lie*, ou *David Irving*, a Corte declarou constitucional ato da administração pública que proibira a realização de palestra do historiador revisionista inglês David Irving. No relato do próprio Tribunal, as autoridades administrativas impuseram aos organizadores do evento o cumprimento da condição de que “nada fosse dito na palestra sobre a perseguição aos Judeus durante o Terceiro Reich que pudesse negar ou colocar em xeque aquela perseguição”. Além disso, deveria ser cumprida a condição de que “o caráter criminoso dessas opiniões [negação do Holocausto] deveria ser pontuado no início da reunião”, que, ainda assim, poderia ser a qualquer momento interrompida ou ter o fim decretado”. A Corte Constitucional considerou legítimas tais restrições. Tratando sobre a obra de David Irving, Kevin Boyle esclarece¹⁸²:

¹⁸² BOYLE, Kevin. Hate Speech – the United States versus the rest of the world? In: **Maine Law Review**, 2001, p.8. E continua: “A preocupação com o antissemitismo levou um número de países a criminalizar o alegado discurso “revisionista” e a aprovar leis com relação à negação do Holocausto. A negação do Holocausto remonta à 1945. Os campos de concentração, tais como Auschwitz, mal foram abertos para um mundo horrorizado antes de serem produzidos os primeiros escritos minimizando o que aconteceu. Este tipo de literatura se tornou mais proeminente nos anos 70. Os materiais fogem da crueldade – um recente panfleto de uma folha continha as seguintes palavras “o Holocausto foi uma brincadeira, vamos torna-lo realidade” – para uma aparente pesquisa histórica séria nos jornais acadêmicos, tal como o impressionante *Jornal para Revisão Histórica (Journal for Historical Review)*. Em tais publicações, se alegou que não foram mortos 6 milhões de judeus, apenas alguns milhares, ou que as câmaras de gás não poderiam ter sido usadas em Auschwitz porque eles não possuíam a

O antissemitismo explícito ou implícito nestes escritos é claro. Ele não foi melhor exposto no início deste ano quando o historiador David Irving, um notório negador, processou os livros Penguin e Débora Lipstadt alegando ter sido difamado no livro dela “Negando o Holocausto: o crescente assalto à verdade e à memória”. Ela o chamou de antissemita, partidário de Hitler e um falso historiador. O próprio Irving se defendeu. O juiz, num julgamento devastador de 300 páginas, sustentou que Lipstadt estava certa – Irving era tudo aquilo.

Sob tal perspectiva, a formação de grupos de extrema-direita ascende em diversas democracias ocidentais¹⁸³. A democracia, nesse diapasão, ao permitir a livre expressão e o mercado livre de ideias, abre espaço para que um demagogo se aproveite dos medos dos indivíduos. Por outro lado, as manifestações de revisionistas e de negacionistas sobre os acontecimentos do Holocausto não param de crescer, impulsionadas pela facilidade e velocidade de compartilhamento de informações por meio de redes sociais.

3.8 MAIS PORMENORES SOBRE O CASO ELLWANGER

Após essas breves explicações sobre a liberdade de expressão no Direito Comparado, sobre a posição do STF perante o Constitucionalismo Global e sobre o que foi o Holocausto, resta-nos a missão de analisar como o Supremo Tribunal Federal julgou o caso Ellwanger, que, como já mencionando, se constituiu em um dos casos mais importantes de sua existência.

Em 17/09/2003, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico, negou o pedido de habeas corpus impetrado a favor de Siegfried Ellwanger condenado em instâncias inferiores pelo crime imprescritível e inafiançável de racismo, por escrever e editar livros de conteúdo antissemita. Por 8 votos a 3, o STF concluiu que a propagação de ideias antissemitas é crime de racismo.

O caso dos judeus, do racismo, ou simplesmente caso Ellwanger (HC nº 82.424) pode ser analisado a partir da perspectiva de aplicação criteriosa do Direito Comparado Alemão no que concerne ao antissemitismo contido no livro. Nesse sentido, o STF não só adotou o Direito Comparado como fonte decisiva para a solução do caso, como ainda promoveu

tecnologia. Supostos documentários baseados em testemunhos de sobreviventes ou no diário de Anne Frank são todos fabricados. Hitler nunca ordenou a Solução Final – ele era inocente”. Idem. Ibidem.

¹⁸³ No Brasil, atos neonazistas em escolas sobem 760% em três anos, Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2023/04/atos-neonazistas-em-escolas-sobem-760-no-brasil-em-tres-anos-diz-estudo.shtml>. Acesso em: 29 ABR 2023.

“jurisprudência simbólica”, considerando que estava também preocupado em passar uma imagem de Tribunal alinhado com o Direito Comparado Europeu, no sentido de proibir manifestações antissemitas, dentro de um modelo de “reparação histórica” relacionado aos judeus, alinhado com a jurisprudência da Alemanha e da Europa em geral, o que se legitima perante a realidade no Brasil, ainda mais considerando que neste momento estamos vivenciando um momento de ascensão da extrema direita, com aumento das células neonazistas.

O livro, assinado com o pseudônimo S.E.Castan, muito embora seja mal escrito e de qualidade duvidosa, apesar de não possuir discurso explícito de ódio, passava mensagem que inferiorizava e discriminava o povo judeu. Ademais, do ponto de vista ético, a obra era lamentável, considerando todo o sofrimento pelo qual passou o povo judeu e que foi descrito nesse trabalho.

Melhor explicando, o caso foi o seguinte: o paciente possuía uma editora, de nome Revisão, por meio da qual editava e distribuía obras de autores brasileiros e estrangeiros de caráter antissemitas. Além de publicar obras de outros autores, ele escreveu e publicou a obra “Holocausto Judeu ou Alemão? –Nos bastidores da Mentira do Século”¹⁸⁴, no qual tece considerações acerca do Holocausto.

Em primeira instância, garantiu-se a liberdade de expressão. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no entanto, condenou o paciente à pena de reclusão de dois anos e a destruição do material apreendido. No STJ, a impetração do *habeas* não frutificou. O caso, então, chegou ao Supremo. A discussão inicial do *habeas corpus* era sobre a possibilidade de o judeu poder ou não ser enquadrado no conceito de “raça” e, por conseguinte, se Ellwanger poderia ou não ser preso pela prática do crime de “racismo”.

Iniciado o julgamento, o relator, ministro Moreira Alves, em suas derradeiras participações no Plenário - haja vista ter se aposentado durante o julgamento -, votou no sentido da procedência dos argumentos trazidos pelo impetrante, assentando não formarem os judeus uma raça, mas sim uma etnia. No voto, não houve a discussão sobre a aplicação ou não da liberdade de expressão, pois referida problematização não existia no processo.

Entendeu o relator que, enquadrado o crime como discriminação contra o povo judeu, e não como racismo, a prescrição da pretensão punitiva já teria acontecido. Assim, deferiu a ordem, para declarar a extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. O ministro Maurício Correa então pediu vistas dos autos.

¹⁸⁴ CASTAN, S. E. **Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do Século**. Porto Alegre: Revisão, 1987.

A partir de então, surgiram nos gabinetes dos ministros do Supremo Tribunal Federal pareceres de ilustres e renomados juristas, como Miguel Reale Jr. e Celso Lafer, dentre outros. Em referidos pareceres, a temática da oposição entre a dignidade do povo judeu e a liberdade de expressão do impetrante veio à tona, o que foi replicado no voto do Ministro Maurício Correa, que fez questão de destacar a pretensão de olhar o tema sob o aspecto universalizante.

O ministro Maurício Corrêa começou seu voto realizando um histórico do povo judeu a partir da Bíblia. “São quase cinco páginas inteiras de paráfrases bíblicas e digressões até mesmo sobre a etimologia da palavra “judiar”, tudo isso para justificar a afirmação de que “o povo judeu foi estigmatizado”¹⁸⁵. Em outro momento, aponta que “durante a Inquisição e a Segunda Guerra Mundial os ciganos também foram perseguidos, mas essa é outra história. Ninguém sofreu o trauma na própria carne, no sangue, com lágrimas e tudo, mais que o povo judeu”. Por fim, conclui que “há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça”. Nessa linha, indeferiu a ordem, no que foi acompanhado do ministro Celso de Mello, que votou tecendo considerações sobre a necessidade de entender a transcendentalidade da questão, tomando por base os tratados internacionais. Aduziu:

“A gravidade do tema, contudo, exige que os Juízes deste Tribunal se pronunciem sobre a controvérsia em causa. E é por tal razão que desejo expor, nesta decisão, o meu pensamento sobre matéria ora em debate. O exame dos fundamentos em que se apoia a presente impetração requer algumas considerações preliminares e impõe necessárias reflexões prévias em torno da grave questão que somos hoje chamados a apreciar.

Não tenho dúvida, Senhor Presidente, de que o Supremo Tribunal Federal, nesta tarde, reúne-se para proferir um julgamento impregnado de **indiscutível transcendência** e revestido de **irrecusável valor simbólico**, pois, hoje, está em debate, nesta Corte, questão que se projeta com máxima intensidade na definição de um dos mais expressivos valores, cujo respeito confere legitimação ético-jurídica à ordem normativa sobre a qual se edifica e se estrutura o próprio Estado Democrático de Direito”.

Dentre todos os votos, importa destacar os dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, uma vez que ambos se utilizaram do mesmo artifício argumentativo para análise do caso, chegando, no entanto, a conclusões completamente diferentes, o que mostra a generalidade desse método de interpretação baseado no princípio da proporcionalidade. O

¹⁸⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “discurso do ódio” na jurisprudência alemã, americana e brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Dissertação de Mestrado. Brasília: DP, 2014, p. 105.

ministro Gilmar Mendes – que todos sabem ser um grande germanófilo - afirmou que não se poderia atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Aduziu:

Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a decisão condenatória atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade. ***É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista***, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII) e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII). (...). ***Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz***. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão. Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de ideias que atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus. Ainda assim, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena, razão pela qual também aqui a decisão atende ao princípio da "proibição do excesso". ***A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito***. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão, não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcédível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.

Houve antecipação de votos dos ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso, que denegaram a ordem. O julgamento foi interrompido pelo pedido de vistas do ministro Carlos Britto, que, ao retomar o julgamento, fez ver que a obra não possuía discurso de ódio¹⁸⁶, nem muito menos objetivava ofender a dignidade do povo judeu. Do

¹⁸⁶ Sobre a relativização do discurso de ódio e substituição por um discurso mais atenuado, destacam POROGER, Felipe; BERESIN, Pedro: “Pelo esvaziamento da carga histórica de símbolos nazistas, a substituição do discurso de supremacia racial pelo da incompatibilidade cultural e a propagação de uma nova forma de revisionismo histórico, a estratégia é relativizar os fatos ao invés de contestá-los. Neutraliza-se, assim, o que há de mais podre na memória do nazismo, criando um universo dissociado e purificado, onde homens bárbaros podem ser admirados e cultuados”. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/as-novas-caras-do-neonazismo-no-brasil/> Acesso em 23 JUN 2023.

contrário, procurava apontar fatos que destoavam da historiografia oficial, com base em fontes, como já mostramos em momento anterior deste trabalho. Então, veio a deferir a ordem, manifestando-se a favor da liberdade de expressão. Em passo seguinte, veio o voto do ministro Marco Aurélio, no qual expôs:

Diante dos horrores da escravidão negra no Brasil, Rui Barbosa, à época Vice–Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, determinou, por meio do Decreto de 14 de dezembro de 1890, que se destruíssem todos os documentos referentes à escravidão. Intentava com esse gesto apagar, da história brasileira, o instituto - como se isso tivesse o condão de fazer desaparecer da memória nacional a carga de sofrimento suportada pelo povo africano e pelos afrodescendentes – e evitar possíveis pedidos de indenização por parte dos senhores de engenho. (...) O ilustre baiano não se apercebeu que determinação em tal sentido, além de imprópria a alcançar o fim desejado – apagar a mancha da escravidão feita a sangue no Brasil –, subtrairia às gerações futuras a possibilidade de estudar a fundo a memória do País, o que as impediria, por conseguinte, de formar um consciente coletivo baseado na consideração das mais diversas fontes e de emergir do legado transmitido – a ignorância.

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira oxigênio da democracia e, por consequência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade.

E assim, concluiu o nobre ministro:

É imprescindível que a solução deste habeas passe necessariamente por exame da realidade social concreta, sob pena de incidirmos no equívoco de efetuar o julgamento a partir de pressupostos culturais europeus, a partir de acontecimentos de há muito suplantados e que não nos pertencem, e, com isso, construirmos uma limitação direta à liberdade de expressão do nosso povo baseada em circunstâncias históricas alheias à nossa realidade.

“2. A colisão entre os direitos fundamentais – o princípio da proporcionalidade

A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento. O conteúdo central do princípio da proporcionalidade é formado por subprincípios que abarcam parcialmente certa amplitude semântica da proporcionalidade¹⁸⁷. São eles a ideia de conformidade ou de adequação dos meios, a exigibilidade ou necessidade desses

187 CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, pág. 262; Paulo Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros Editores, 36ª ed, pág. 360; Raquel Denize Stumm, **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1995, pág. 79.

meios e a proporcionalidade em sentido estrito. Passo, então, à análise do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – pronunciamento condenatório –, a partir desses subprincípios, sob um ângulo diferente daquele efetuado pelo ilustre ministro Gilmar Mendes.

A. O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios (*Geeingnetheit*) examina se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público. Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. **Penso que não, uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros.**

B O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*), segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar.

C. Finalmente, o último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), também conhecido como “lei da ponderação”. O intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva dessa medida. É realizado um juízo de ponderação no qual se engloba a análise de adequação entre meio e fim, levando-se em conta os valores do ordenamento jurídico vigente. Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal ideia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, **o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira.** E mais, se é razoável punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabilizá-lo por ideias que nem sequer lhe pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a *Internet*” (g.n).

Todo o julgamento durou longos nove meses de acaloradas discussões e acabou revelando uma espécie de divisão de posições e princípios entre os ministros do STF. Como vimos, de um lado, ficaram o relator Moreira Alves, Carlos Ayres Brito e Marco Aurélio Mello, favoráveis ao habeas corpus por considerarem ora que os judeus não configuram uma “raça”, ora por terem conferido ênfase à liberdade de expressão. Os demais ministros, Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e Cezar Peluso, entenderam que as ideias contidas no livro escrito e nos demais editados por Ellwanger não seriam uma mera revisão histórica do conflito entre alemães e judeus durante a Segunda Guerra Mundial. Para esses, a divulgação das obras poderia colocar em risco a segurança dos judeus que vivem no Brasil, com a incitação ao preconceito e ódio. Ellwanger foi, então, condenado a dois anos de prisão, convertidos em prestação de serviços comunitários.

A maioria dos ministros alfim entendeu que livros revisionistas de certa forma são também negacionistas porque produzem um tipo de pseudo-história, ao tentarem reescrever o passado para atender a seus propósitos políticos no presente¹⁸⁸.

Com efeito, é sabido que diversos países europeus, dentre os quais Portugal, Finlândia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Alemanha, França, Espanha e Suíça já adotaram diferentes modelos de legislação, que, na essência, transformam em ofensa criminal minimizar ou negar os fatos históricos do Holocausto ou justificar o genocídio do Nazismo. Na Alemanha, por exemplo, considera-se ofensa o ato de “ridicularizar” a dignidade da morte. A lei francesa, conhecida como a Lei *Gaysott*, foi aprovada em 1990, seguindo uma onda de antissemitismo e de destruição de cemitérios judeus com pinturas suásticas. Ela transformou em ofensa o ato de questionar publicamente a existência dos crimes julgados em Nuremberg. Esta ofensa foi incluída num amplo estatuto banindo todos os atos racistas, antissemitas ou xenofóbicos.

Com o breve relato desses casos, observa-se larga experiência do Tribunal Maior tedesco em aplicar o princípio da proporcionalidade, a partir de seus subprincípios, para analisar a predominância da liberdade de expressão a partir de um viés social, considerando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que passam a expressar os valores que devem ser observados por todos da comunidade, segundo a Lei Fundamental de Bonn.

Como bem aponta Umberto Eco:

“Os fundamentos teóricos de *Mein Kampf* podem ser refutados com uma bateria de argumentos bastante elementares, mas se as ideias que propunha sobreviveram e sobreviverão a qualquer objeção é porque se apoiam em uma intolerância selvagem, impermeável a qualquer crítica. (...) Qualquer teoria se torna inútil diante de uma intolerância crescente, que ganha terreno a cada dia. A intolerância selvagem baseia-se em um curto-circuito categorial que pode, depois, ser emprestada a qualquer doutrina racista: se alguns entre os albaneses que entraram na Itália no ano passado tornaram-se ladrões ou prostitutas (e é verdade), todos os albaneses são, portanto, ladrões e prostitutas. É um curto-circuito terrível porque constitui uma tentação constante para cada um de nós: basta que nos roubem a mala no aeroporto de um País qualquer para que voltemos para casa dizendo que é bom desconfiar da gente do tal País. Os intelectuais não podem lutar contra a intolerância selvagem, porque diante da animalidade pura, sem pensamento, o pensamento fica desarmado. E é sempre tarde demais quando decidem bater-se contra a intolerância doutrinária, pois quando a intolerância se faz doutrina é muito tarde para vencê-la e aqueles que deveriam fazê-lo tornam-se suas primeiras vítimas. Mas aí está o desafio. Educar para a tolerância adultos que atiram uns nos outros por motivos raciais, étnicos e religiosos é tempo perdido. Tarde demais. A intolerância selvagem deve ser, portanto, combatida em suas raízes, através de uma educação constante que

¹⁸⁸ TEIXEIRA, Ricardo. **Holocausto, nazismo e negacionismo: análise de uma atividade de divulgação cultural**. Diálogos interdisciplinares. Volume X, número 1, 2021. São Paulo: Centro Universitário Brás Cubas., p. 128.

tenha início na mais tenra infância, antes que possa ser escrita em um livro, e antes que se torne uma casca comportamental espessa e dura demais¹⁸⁹.

Adorno explica de maneira semelhante, opondo-se, todavia à educação pela dureza, quando se imagina que o mérito deriva da condição de suportar o insuportável, como acontece, por exemplo, quando se exige que um soldado execute alguém em nome de um bem maior da nação. Esses atos, lembra-nos Adorno, nos remetem também ao sadomasoquismo e à indiferença à dor, à frieza necessária ao ato que se perpetua no indivíduo e mata sua “humanidade”, pois lhe retira a capacidade de sentir compaixão, que deriva da percepção da dor do outro e da ação que objetive minimizá-la. Para ele,

“a educação tem sentido unicamente como educação dirigida a uma autorreflexão crítica. Contudo, na medida em que, conforme os ensinamentos da psicologia profunda, todo caráter, inclusive daqueles que mais tarde praticam crimes, forma-se na primeira infância, a educação que tem por objetivo evitar a repetição precisa se concentrar na primeira infância. Quando falo de educação após Auschwitz, refiro-me a duas questões: primeiro, à educação infantil, sobretudo na primeira infância; e, além disto, ao esclarecimento geral, que produz um clima intelectual, cultural e social que não permite tal repetição; portanto, um clima em que os motivos que conduziram ao horror tornem-se de algum modo conscientes. É espantosa a rapidez com que até mesmo as pessoas mais ingênuas e tolas reagem quando se trata de descobrir as fraquezas dos superiores. Facilmente os chamados compromissos convertem-se em passaporte moral – são assumidos com o objetivo de identificar-se como cidadão confiável ou então produzem rancores raivosos psicologicamente contrários à sua destinação original. Já mencionei a tese de Freud acerca do mal-estar na cultura. Ela é ainda mais abrangente do que ele mesmo supunha: sobretudo porque, entretanto, a pressão civilizatória observada por ele multiplicou-se em uma escala insuportável. Por essa via, as tendências à explosão a que ele atentara atingiriam uma violência que ele dificilmente poderia imaginar. (...) É possível falar da claustrofobia das pessoas no mundo administrado, um sentimento de encontrar-se enclausurado numa situação cada vez mais socializada, como uma rede densamente interconectada. Quanto mais densa é a rede, mais se procura escapar, ao mesmo tempo em que precisamente a sua densidade impede a saída. Isto aumenta a raiva contra a civilização. Esta torna-se alvo de uma rebelião violenta e irracional”¹⁹⁰.

Não por acaso, Jünger realiza advertência: “o lado sombrio também pertence à minha totalidade e, ao tomar consciência da minha sombra, consigo lembrar-me de novo de que

¹⁸⁹ ECO, Umberto. **Cinco escritos morais**. Tradução de Eliana Aguiar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 116 e 117.

¹⁹⁰ ADORNO, Theodor W. **Educação e Emancipação**. Tradução: Wolfgang Leo Maar. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022, p. 132.

sou apenas um ser humano como os demais. Confrontar alguém com sua sombra significa também mostrar-lhe sua luz. Quando se experimenta algumas vezes estar na posição de julgador entre opostos, então percebemos com clara evidência o que se entende pelo próprio si mesmo. Quem percebe ao mesmo tempo sua sombra e sua luz se enxerga dos dois lados e, assim, fica no meio...."¹⁹¹.

Educar sobre o Holocausto, enfim, não é apenas reverenciar a memória dos que partiram, mas sobretudo trazer luz às barbaridades cometidas no auge do pensamento civilizatório e racional humanos. Diferentemente do que se explica nas escolas brasileiras e nos filmes e seriados a que assistimos sobre o tema no cinema ou em canais de *streaming*, o mal não está inserido apenas nas pessoas consideradas psicóticas, transtornadas ou psicopatas em uma sociedade. Do contrário, o mal habita na própria condição humana. Se não fizermos vigilância atenta, especialmente em um momento em que o discurso de ódio se propaga na velocidade incontrolável das redes sociais, lastreado muitas vezes em *fake news*, poderemos repetir a sina de condenarmos povos inteiros ao extermínio físico, moral ou psíquico, com danos sempre irreparáveis em termos civilizatórios. A barbaridade do homem comum, que não reage, que não questiona, que se acomoda, que segue com a multidão, que normaliza a violência, que se aliena, que não se revolta, que não denuncia, que se legitima pela ação de pares e que pode ser o nosso vizinho, nossos filhos ou até nós mesmos.

A partir de tais premissas, resta agora a análise sobre como se deve realizar a educação para o Holocausto no Brasil diante do tema da liberdade de expressão e do Direito Comparado. Percebeu-se, ao longo deste trabalho, que na hipótese do caso Ellwanger houve uma participação de Constitucionalismo Global ou pretensão de universalismo relacionado ao Direito Europeu. No que concerne ao tema da liberdade de expressão, vimos que há diferenças de tratamento a depender da Corte Constitucional, de modo que diversamente dos alemães, os americanos não confiam no governo para selecionar o que seriam as *boas* opiniões que poderiam ser publicadas das *más*¹⁹². Ao comparar a jurisprudência alemã e a norte-americana sobre a liberdade de expressão, conclui Haupt:

“geralmente, a tradição Americana confia muito mais na força das boas opiniões que compete com as ruins; mais comumente se assume que as boas ideias prevalecerão. (...) Como a desconfiança no governo prevalece nos EUA, um pensamento não comumente encontrado na Alemanha, há uma grande relutância a deixar o governo selecionar as boas e as más opiniões. Finalmente, os Tribunais

¹⁹¹ Carl. JÜNG, Carl. **Obras Completas**. Volume XVI. Petrópolis: Editora Vozes, 2013, p. 39.

¹⁹² BRUGGER, Winfried. **O Comunitarismo como Teoria Social e Jurídica por Trás da Constituição Alemã**. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, ano 3, nº 11, jul/set. 2008, p.60.

Americanos tendem a procurar por um elemento de interesse público que possa se encontrado no discurso do ódio, tendência essa ausente na jurisprudência alemã”¹⁹³.

Dessa maneira, costuma-se dizer que na Alemanha existe um controle judicial mais rigoroso e preciso no que tange à liberdade de expressão, até mesmo por conta do Holocausto, de tal modo que lá já são presentes as limitações prévias à liberdade de se manifestar. Já nos EUA, a liberdade assume categoria especial superior aos demais direitos e só pode ser limitada se houver risco de perigo real e iminente. Como explica Kevin Boyle¹⁹⁴:

“É importante dizer que não há diferença entre os Estados Unidos e os padrões de direitos humanos internacionais quanto aos fins – isto é, o objetivo de controlar e eliminar o discurso de ódio. O discurso de ódio é abominado em todas as sociedades democráticas. As diferenças entre os países se dão quanto aos meios. Qual é a melhor forma de as sociedades responderem o discurso de ódio? Até que ponto devemos estar preparados para suprimi-lo por meio de leis e de regulamentos governamentais e a que custo à liberdade de expressão? É possível um novo consenso internacional agora que os Estados Unidos são parte dos acordos internacionais?”

Por meio desse estudo, objetiva-se inicialmente garantir e efetivar o direito à memória das vítimas, bem como transmitir, às futuras gerações, a responsabilidade de prevenir a reiteração de tais graves violações ao ser humano. A educação funciona, assim, como a mais importante estratégia para prevenir novos genocídios e hecatombes¹⁹⁵. E é nessa linha que se compreende a decisão do STF no que se refere ao HC 82.424 porque a educação se conforma na medida em que se evitam obras de caráter antissemita¹⁹⁶ e portadoras de desinformação,

¹⁹³ HAUPT, Claudia E. **Regulating Hate Speech –damned if you do and damned if you don’t: lessons learned from comparing the German and U.S. approaches.** In: Boston: Boston University International Law Journal, n. 23, 2005, p. 336.

¹⁹⁴ BOYLE, Kevin. Hate Speech – the United States versus the rest of the world? In: **Maine Law Review**, 2001, p.9.

¹⁹⁵ Sobre o sucesso de *Mein Kampf*, escreve William L. Shirer: “os direitos autorais de Hitler - sua principal fonte de renda a partir de 1925 foram consideráveis, se computarmos a média daqueles sete primeiros anos, mas se revelam insignificantes quando os comparamos com os recebidos em 1933, ano em que se tornou chanceler. No primeiro ano em que exerceu esse cargo foram vendidos um milhão de exemplares de *Minha Luta*, e o rendimento dos direitos autorais de Hitler, elevado de 10% para 15% depois de 1º de janeiro de 1933, superou um milhão de marcos, transformando-o no mais próspero escritor da Alemanha e, pela primeira vez, num milionário. Com exceção da Bíblia, nenhum outro livro foi tão vendido durante o regime nazista, quando bem poucas famílias se sentiam seguras sem um exemplar sobre a mesa. Era coisa quase obrigatória e, naturalmente, boa política - dar um volume a um casal de noivos como presente de casamento, enquanto quase todos os estudantes também o recebiam na formatura, em todos os colégios. Em 1940, um ano após o desencadeamento da Segunda Guerra Mundial, seis milhões de exemplares da bíblia nazista haviam sido vendidos na Alemanha”. SHIRER, William L. **Ascensão e Queda do Terceiro Reich. Triunfo e Consolidação. (1933-1939)**. Tradução: Pedro Pomar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 121.

¹⁹⁶ Eis uma mostra do pensamento de pureza racial de Adolf Hitler: “essa hipótese não se apoia na ligação de elementos superiores com inferiores, mas na vitória incondicional dos primeiros. O papel do mais forte é dominar. Não se deve misturar com o mais fraco, sacrificando assim a grandeza própria. Somente um débil de nascença

ainda que disfarçadas. Somente para se ter uma ideia da atualidade do tema, entre 2015 e 2022, de acordo com monitoramento feito pela antropóloga Adriana Dias, o número de células neonazistas no Brasil passou de 72 para 1117. Mais da metade (587) surgiu entre outubro de 2021 e novembro de 2022¹⁹⁷.

Não se pode ignorar os efeitos pedagógicos que as discussões sobre o caso Ellwanger trouxeram para o Direito Constitucional brasileiro, sendo este considerado um dos principais casos julgados pelo STF, gerando aprendizado e conhecimento sobre a cultura judaica e sobre a Shoah (holocausto)¹⁹⁸. Como bem explica Todorov¹⁹⁹: “parece, pois, que se temos que conservar viva a memória do passado, não se tem por escopo o pedido de reparações pelos danos sofridos, mas para permanecermos alertas frente a situações novas e análogas. Deste modo, longe de seguirmos como prisioneiros do passado, coloquemos o passado a serviço do presente e a memória a serviço da justiça”.

Como afirma Ricardo Teixeira: “o revisionismo histórico dos negacionistas do Holocausto, em certo sentido, ocupa uma espécie de nicho de mercado em um movimento incessante que atrai nazistas e fascistas de todas as partes do mundo cuja agenda principal é relativizar o juízo crítico hegemônico existente sobre a Alemanha nazista e o Terceiro Reich: o revisionismo histórico é assim uma opção militante utilizada como instrumento para a luta política.

poderá ver nisso uma crueldade, o que se explica pela sua compleição fraca e limitada. Certo é que, se tal lei não prevalecesse, seria escusado cogitar de todo e qualquer aperfeiçoamento no desenvolvimento dos seres vivos em geral. Esse instinto que vigora em toda a Natureza, essa tendência à purificação racial, tem por consequência não só levantar uma barreira poderosa entre cada raça e o mundo exterior, como também uniformizar as disposições naturais (...). Pouco se deseja a associação individual dos mais fracos com os mais fortes, ainda menos a fusão de uma raça superior com uma inferior. Isso se traduziria em um golpe quase mortal dirigido contra todo o seu trabalho ulterior de aperfeiçoamento. executado talvez através de centenas de milênios. Inúmeras provas disso nos fornece a experiência histórica. Com assombrosa clareza ela demonstra que, em toda mistura de sangue entre o Ariano e povos inferiores, o resultado foi sempre a extinção do elemento civilizador. A América do Norte, cuja população, decididamente, na sua maior parte, se compõe de elementos germânicos, que só muito pouco se misturaram com povos inferiores e de cor, apresenta outra humanidade e cultura do que a América Central e do Sul, onde os imigrantes, quase todos latinos, se fundiram, em grande número, com os habitantes indígenas. Bastaria este exemplo para fazer reconhecer clara e distintamente, o efeito da fusão de raças. O germano do continente americano elevou-se até a dominação deste, por se ter conservado mais puro e sem mistura; ali continuará a imperar, enquanto não se deixar vitimar pelo pecado da mistura do sangue. Em poucas palavras, o resultado do cruzamento de raças é, portanto, sempre o seguinte: (i) rebaixamento do nível da raça mais forte; (ii) regresso físico e intelectual e, com isso, o começo de uma enfermidade, que progride devagar, mas seguramente. Provocar semelhante coisa não passa então de um atentado à vontade do Criador. O castigo também corresponde ao pecado. Procurando rebelar-se contra a lógica férrea da Natureza, o homem entra em conflito com os princípios fundamentais, aos quais ele mesmo deve exclusivamente sua existência no seio da humanidade”. HITLER, Adolf. **Minha Luta**. Tomo I. Coleção Personalidades. Porto Alegre: Editora Revisão, 1990, p. 260 a 262.

¹⁹⁷ Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/as-novas-caras-do-neonazismo-no-brasil/>. Acesso em: 23 JUN 2023.

¹⁹⁸ Atualmente, existem em trâmite na Câmara dos Deputados o PL 1787/2023, o PL 18/2022, o PL 4974/2020, o PL 2785/2021, o PL 1796/2011, PL 11.060/2018, PL8862/2017 que objetivam a proteção ao antissemitismo.

¹⁹⁹ TODOROV, Tzvetan. **Abusos da memória**. Ediciones Paidós Ibérica, 2000, p. 78.

O que está em jogo é o controle da representação que se faz do passado, e, no caso particular do Holocausto, da História do século XX²⁰⁰. Acertada, assim, a decisão do STF de recolher o livro.

3.9. A IMPLEMENTAÇÃO DE COTAS RACIAIS NO BRASIL – ADPF 186²⁰¹

Muito embora a raça tenha sido critério para implementação de cotas ao redor do mundo, é preciso esclarecer que, geneticamente, raças não existem. Nos últimos 30 anos estabeleceu-se um consenso entre os geneticistas: os homens são todos iguais ou, como diria o geneticista Sérgio Pena, os homens são igualmente diferentes.

Desde 1972, a partir dos estudos de Richard Lewontin²⁰², geneticista de Harvard, o que a ciência diz é que as diferenças entre indivíduos de um mesmo grupo serão sempre maiores do que as diferenças entre os dois grupos, considerados em seu conjunto. Tomando

²⁰⁰ TEIXEIRA, Ricardo. **Holocausto, nazismo e negacionismo: análise de uma atividade de divulgação cultural**. Diálogos interdisciplinares. Volume X, número 1, 2021. São Paulo: Centro Universitário Brás Cubas., p. 3.

²⁰¹ A ADPF 186 foi ajuizada pela autora desta tese, como advogada voluntária do Partido Democratas. Na época, a ação se baseou na Carta dos 113: 21 de abril de 2008, que foi um documento escrito por diversos intelectuais dos mais diversos ramos do País, todos contrários às cotas. Confirma-se com alguns dos signatários: Aguinaldo Silva - Jornalista, telenovelistas Ana Maria Machado - Escritora, membro da Academia Brasileira de Letras Antonio Cicero - Poeta e ensaísta Antonio Risério - Bernardo Lewgoy - Professor Adjunto do Departamento de Antropologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) Bernardo Sorj - Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) Bila Sorj - Professora Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) Bolívar Lamounier - Cientista Político Caetano Veloso Carlos A. de L. Costa Ribeiro - Professor e Consultor em Ciências do Meio Ambiente Demétrio Magnoli - Sociólogo, integrante do Grupo de Análises de Conjuntura Internacional (Gacint) da Universidade de São Paulo (USP) Ferreira Gullar - Poeta, Gerald Thomas - Dramaturgo, criador e diretor da Companhia de Ópera Seca Helda Castro de Sá - Coordenadora da Associação dos Caboclos e Ribeirinhos da Amazônia Helena Severo - Cientista social, pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas (NEP) do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro João Ubaldo Ribeiro - Escritor José Carlos Miranda - Coordenador Nacional do Movimento Negro Socialista José Goldemberg - Ex-reitor da Universidade de São Paulo (USP) José Roberto Pinto de Góes - Historiador e professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) Leão Alves - Presidente do Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro Externo, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental da Escola Nacional de Administração Pública Luiz Werneck Vianna - Professor Titular do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) Lya Luft - Escritora Manolo Garcia Florentino - Professor do Departamento de História da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) Marcelo Hermes-Lima - Professor de Bioquímica Médica da Universidade de Brasília (UNB) Marcos Chor Maio - Pesquisador da Casa de Oswaldo Cruz/Fiocruz Margarida Cintra Gordinho - Editora Maria Alice Resende de Carvalho - Socióloga Maria Cátira Bortolini - Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) Nelson Motta - Produtor musical, jornalista e escritor Reinaldo Azevedo - Jornalista, articulista da revista VEJA e editor do 'Blog do Reinaldo Azevedo' Renata Aparecida Vaz - Coordenação do Movimento Negro Socialista-SP Ricardo Ventura Santos - Pesquisador titular da Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz e Professor Adjunto do Museu Nacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) Roberta Fragoso Menezes Kaufmann - Procuradora do Distrito Federal, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UNB) e Professora de Direito Constitucional Ruth Cardoso Antropóloga Sergio Danilo Pena - Professor Titular do Departamento de Bioquímica e Imunologia da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e membro titular da Academia Brasileira de Ciências Simon Schwartzman - Pesquisador do Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade (IETS) Yvonne Maggie - Professora Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

²⁰² Nessa linha ver em KAMEL, Ali. **Não somos racistas. Uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 44 e ss.

negros e brancos, por exemplo: no grupo dos negros, haverá indivíduos altos, baixos, inteligentes, menos inteligentes, destros, canhotos, com propensão a doenças cardíacas, com proteção genética contra o câncer, com propensão genética ao câncer. No grupo de brancos, igualmente, haverá indivíduos altos, baixos, inteligentes, menos inteligentes, destros, canhotos, com propensão a doenças cardíacas, com proteção genética contra o câncer, com propensão genética ao câncer. Ou seja, no interior de cada grupo, a diversidade de indivíduos é grande, mas ela se repete nos dois conjuntos. A única coisa que vai variar entre os dois grupos é a cor da pele, o formato do nariz e a textura do cabelo e, mesmo assim, apenas porque os dois grupos já foram selecionados a partir dessas diferenças. Em tudo o mais, os dois grupos são iguais.

O genoma humano é composto de 20 mil genes. As diferenças mais aparentes (cor da pele, textura dos cabelos, formato do nariz) são determinadas por um conjunto de genes insignificamente pequeno se comparado a todos os genes humanos. Para sermos exatos, as diferenças entre um branco nórdico, um judeu israelense ou um preto africano compreendem apenas uma fração de 0,005 do genoma humano. Em outras palavras, toda a discussão racial gravita em torno de apenas 0,035% do genoma. Por essa razão, a imensa maioria dos geneticistas é peremptória: no que diz respeito aos homens, a genética não autoriza falar em raças. Segundo o geneticista Craig Venter, o primeiro a descrever a sequência do genoma humano, “raça é um conceito social, não é um conceito científico”²⁰³.

Como destacado, as tentativas iniciais de classificar a humanidade em raças datam do final do século XVII. Cem anos mais tarde, partindo de análises craniométricas, o médico alemão Johann Friedrich Blumenbach propôs uma divisão dos seres humanos nas raças caucasóide (branca), mongolóide (amarela), malaia (marrom), etiópica (negra) e americana (vermelha). Blumenbach utilizou a noção platônica de tipo ideal para compor o seu quadro racial, imaginando modelos abstratos que servem como ícones das raças e agrupando todos os indivíduos reais em função de sua similitude aparente com aqueles ícones. O método inspirou os classificadores raciais subsequentes e, no fim, provocou um colapso classificatório.

Raças humanas não existem. A cor da pele está expressa em menos de 10 genes de um total de 20 mil genes estimados do genoma humano. Nas palavras do geneticista Sérgio Pena:

“O fato assim cientificamente comprovado da inexistência das ‘raças’ deve ser absorvido pela sociedade e incorporado às suas convicções e atitudes morais. Uma postura coerente e desejável seria a construção de uma sociedade

²⁰³ Idem. Ibidem.

desracionalizada, na qual a singularidade do indivíduo seja valorizada e celebrada. Temos de assimilar a noção de que a única divisão biologicamente coerente da espécie humana é em bilhões de indivíduos, e não em um punhado de 'raças'."²⁰⁴

O “racismo científico” só se difundiu no ocaso da escravidão colonial, acompanhando a expansão imperial das potências europeias.

Os escravos africanos não eram escravos por serem negros, mas por ocuparem o polo frágil de um sistema colonial-mercantil que admitia a conversão de seres humanos em mercadorias. eram capturados por grupos também de negros, mais poderosos, vencedores em conflitos, dominantes e objeto de uso próprio, ou venda a grupos interessados.

A emergência da filosofia iluminista, assentada sobre a crença nos direitos naturais e na igualdade essencial dos seres humanos, gerou as condições para o declínio do tráfico e dos sistemas de trabalho baseados na escravidão. Tais ideias, entretanto, não se coadunavam com o imperialismo europeu, que implicava a subordinação dos povos asiáticos e africanos às potências do Velho Mundo.

O “racismo científico” funcionou como instrumento intelectual de conciliação entre os princípios filosóficos iluministas e o projeto geopolítico imperial. A “missão civilizatória” das potências europeia – o “fardo do homem branco”, no título célebre do poema de Rudyard Kipling – encontrou justificativa na ciência que supostamente desvendava diferenças essenciais entre os grupos humanos. Não foi a existência de raças que gerou o racismo, mas o racismo que fabricou a crença em raças.

Inventada na hora da expansão imperial europeia, a crença em raças desempenhou um papel crucial na catástrofe metaforizada por Auschwitz. Menos de quatro anos depois da abertura dos campos de extermínio nazistas, a ONU proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O primeiro artigo do histórico documento começa com a assertiva: “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”. O segundo artigo cita a palavra raça, para afirmar que: “*Todas as pessoas são titulares dos direitos e liberdades anunciados nesta Declaração, sem distinção de nenhum tipo, como raça, cor, sexo, linguagem, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outra condição*”.

Pouco mais tarde, em julho de 1950, a Unesco divulgou uma declaração intitulada “A questão da raça”. Elaborado por notáveis especialistas nas ciências humanas e naturais, o texto começa do seguinte modo: “*A importância que adquiriu o problema da raça*

²⁰⁴ PENA, Sérgio D. “Receita para uma humanidade desracionalizada”. In: **Ciência Hoje Online**, setembro de 2006.

no mundo moderno dificilmente precisa ser enfatizada. A humanidade não esquecerá tão cedo as injustiças e os crimes que conferiram trágicas ressonâncias à palavra 'raça'.” Num esforço de esclarecimento político e moral, a declaração caracterizou o racismo como uma “*expressão particularmente depravada e ignóbil do espírito de casta*”, que se sustenta sobre a “*crença na inata e absoluta superioridade de um grupo humano arbitrariamente definido sobre outros grupos, também arbitrariamente definidos*” e que, “*no lugar de se basear em fatos científicos, é geralmente mantida em desafio ao método científico*”.

No seu parágrafo final, a declaração fez o elogio da “*ética da irmandade universal*”, assegurando que ela se sustenta nos dados oriundos da investigação biológica. A pretensão era firmar um definitivo atestado de óbito do pensamento racial. Poucos, naquele momento, poderiam supor ou adivinhar um retorno triunfante da raça aos domínios do discurso político e social. Mas é precisamente esse retorno que se verifica quando, no Brasil como em outros países, sob os pretextos de fazer justiça social ou reparar injustiças passadas, ergue-se a bandeira da introdução da raça na lei, a partir das decisões da Corte Constitucional.

As legislações nacionais organizadas em torno do conceito de raça e justificadas pelo desígnio proclamado de reparar injustiças surgiram, de modo geral, em países com um longo histórico de classificação racial oficial da população. As leis raciais de reparação, em todos os casos, produziram uma exacerbação da racialização das relações sociais, com impactos variados, mas sempre negativos, sobre os sistemas políticos. Elas não geraram, em nenhum lugar, redução de desigualdades sociais e econômicas²⁰⁵.

Nos EUA, as chamadas Leis *Jim Crow*, de segregação racial, difundiram-se pelos estados da antiga Confederação pouco mais de uma década depois do encerramento da Guerra Civil, quando as elites estaduais sulistas começaram a retomar o poder. A legislação segregacionista, que tinha como fulcro impedir a miscigenação, inspirou-se no “racismo científico” e baseou-se na noção de pureza racial bastante difundida na Alemanha nazista.

As diversas leis estaduais antimiscigenação uniformizaram-se eventualmente ao adotarem como modelo a Lei de Integridade Racial promulgada na Virgínia em 1924. No seu item 5, a lei estabelecia que: “*Será ilegal, de agora em diante, que qualquer pessoa branca case-se com qualquer um que não seja uma pessoa branca ou com uma pessoa com uma mistura de sangue que não seja branco e de índio americano. Para a finalidade dessa lei, o*

²⁰⁵ A obra clássica, que oferece um panorama mundial das políticas de ações afirmativas com base racial, é SOWELL, Thomas. **Affirmative action around the world: an empirical study**. New Haven/Londres: Yale University Press, 2004.

*termo 'pessoa branca' deve se aplicar somente à pessoa que não tenha traço algum de qualquer sangue senão o caucasiano (...)."*²⁰⁶

A lei da Virgínia consagrou a chamada regra da gota de sangue única, em torno da qual se ergueu o sistema de classificação racial dos cidadãos nos EUA. A longa campanha pelos direitos civis conduzida nas décadas de 50 e 60 teve, como uma de suas facetas mais importantes, a luta judicial pela derrubada das leis antimiscigenação, o que só se completou em 1967, no caso *Loving versus Virgínia*.²⁰⁷

A confirmação judicial do princípio da igualdade perante a lei não suprimiu a classificação oficial dos cidadãos segundo critérios raciais, que seria o fundamento de políticas de discriminação reversa. Tais políticas nasceram com o Plano de Filadélfia, do presidente Richard Nixon, de 1969, e com as ordens executivas 11458 e 11625, do mesmo presidente. Os programas de preferências raciais expandiram-se dos contratos públicos para a contratação de mão-de-obra em agências públicas e para a admissão nas universidades, configurando uma teia abrangente de iniciativas e regulamentações que distribuem direitos segundo a regra da gota de sangue única.

As “políticas da raça” nos EUA não contribuíram em nada para a redução da pobreza entre os negros. Antes da deflagração dos programas de ação afirmativa baseados na raça, a proporção de negros abaixo da linha oficial de pobreza declinou de 87% em 1940 para 47% em 1960 e 30% em 1970. Durante a década de 70, contudo, período áureo das políticas de discriminação reversa, essa proporção reduziu-se em apenas um ponto percentual, para 29%.

Mas as “políticas da raça” contaminaram a vida política e a sociedade americanas, congelando aquilo que o então candidato presidencial Barack Obama classificou como o “*impasse racial no qual estamos presos há muitos anos*”²⁰⁸. O diagnóstico sobre o fracasso da discriminação reversa foi exposto com clareza vários anos antes da campanha presidencial. “*Rejeito uma política baseada unicamente em raça, sexo, orientação sexual ou vitimização*”, ele escreveu em 2004²⁰⁹.

A rejeição do líder que, desafiando a regra da gota de sangue única, classificasse a si mesmo como um *mestiço* reflete tendências profundas da sociedade americana. Tais

²⁰⁶ Racial Integrity Act of 1924. Disponível em: https://en.wikisource.org/wiki/Racial_Integrity_Act_of_1924. Acesso em 06 MAIO 2023.

²⁰⁷ U.S. Supreme Court, *LOVING v. VIRGINIA*, 388 U.S. 1 (1967). O caso foi decidido no dia 14 de fevereiro, não por acaso nesse dia se comemora o dia dos namorados nos Estados Unidos.

²⁰⁸ Disponível em: Barack Obama. “A more perfect union”. <http://www.americanrhetoric.com/speeches/barackobamaperfectunion.htm>. Acesso em: 06 MAIO 2023.

²⁰⁹ OBAMA, Barack. *A audácia da esperança*, São Paulo, Larousse do Brasil, 2007, p. 19.

tendências expressam-se em diversos plebiscitos estaduais que derrubaram programas de discriminação reversa e na recente decisão da Corte Suprema que condena a “*concepção de uma nação dividida em blocos raciais*”²¹⁰.

Desde a total decodificação do genoma humano, ocorrida em 2003, fruto do Projeto Genoma Humano, a ideia de raça, portanto, subsiste apenas por ser construção cultural e ideológica. No entanto, no Brasil dos últimos anos, esse conceito tem sido revivido com o propósito de melhorar as condições de vida de determinados grupos populacionais. Acontece que onde quer que o conceito de raça tenha prevalecido como política de Estado, antagonismos insuperáveis surgiram entre os grupos, como veremos a seguir.

Sobre a inexistência de raças foi uma das mais primorosas decisões que o Supremo Tribunal Federal proferiu, que acabamos de analisar, o caso *Ellwanger*. Na ementa do julgamento do HC 82.424, os ministros assim se expressaram:

“3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista”.

Acontece que, *diferentemente* do que apontado pelo ministro que elaborou a ementa do julgado no Supremo Tribunal Federal, na ocasião, não é a divisão dos seres humanos em raças o que justifica o racismo, mas justamente o seu oposto. *O racismo, ou seja, a crença infundada na superioridade de uns sobre outros foi o que motivou, ao longo da história, a tentativa de classificação.*

Como já vimos, as tentativas iniciais de classificar a humanidade em raças datam somente do final do século XVII. É bem verdade que argumentos racistas já existiam muito antes da tentativa de classificação. O filósofo francês Voltaire (1694-1778) afirmou em suas *Cartas Filosóficas* publicadas em 1733:

“A raça negra é uma espécie humana tão diferente da nossa quanto a raça de cachorros spaniel é dos galgos... A lã negra nas suas cabeças e em outras partes [do corpo] não se parece em nada com o nosso cabelo; e pode se dizer que a sua

²¹⁰ U.S. Supreme Court, *PARENTS INVOLVED IN COMMUNITY SCHOOLS v. SEATTLE SCHOOL DISTRICT N. 1*, 05 U.S. 908 (2007).

compreensão, mesmo que não seja de natureza diferente da nossa, é pelo menos muito inferior”.

A necessidade de justificar a superioridade racial de uns sobre outros foi, sobretudo, importante para no século XVI legitimar o comércio mais rentável que já se teve notícia na humanidade: o tráfico de escravos. Nesta linha, os lucros do tráfico justificaram a escravidão negra²¹¹. A opção por este tipo de mão-de-obra não se explica historicamente a partir de nenhuma das formas de servidão encontradas no mundo antigo, quando a submissão era vista como um corolário natural das guerras, de modo que a vitória de um povo sobre outro significava a escravização deste. Diferentemente da escravidão operante no século XVI, na Idade Clássica a escravidão se justificava como uma servidão imposta aos derrotados das batalhas e não encontrava justificativa seja por critérios de raça ou de classes.

Fatores econômicos justificaram a opção pelo escravo negro. O lucro advindo do tráfico de escravos para a metrópole, detentora do monopólio do comércio de escravos com a colônia, não aconteceria se no Brasil tivesse sido admitida a escravização do índio, por exemplo. Durante muito tempo, a historiografia nacional encampou a ideia de que os índios seriam preguiçosos demais e que os negros seriam mais aptos ao vigoroso trabalho dos engenhos. A historiografia moderna, no entanto, discorda radicalmente dessa visão simplista do passado e destaca que se por acaso a escravidão dos índios possibilitasse maiores lucros para Portugal, não haveria razão humanitária que impedisse a metrópole de proceder com os índios da mesma maneira como que escravizou os negros²¹².

Importa esclarecer que a escravidão, no Brasil, não encontrava legitimidade em bases raciais. Joaquim Nabuco dizia que a escravidão não chegara a “azedar” a alma do preto

²¹¹ Nesse tom, conclui Fernando Novais: “Paradoxalmente, é a partir do tráfico negreiro que se pode entender a escravidão africana colonial, e não o contrário”. NOVAIS, Fernando. **Estrutura e Dinâmica do Antigo Sistema Colonial. Séculos XVI–XVIII**. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense 1986: p. 89; na mesma linha, GORENDER, Jacob. **O Escravismo Colonial**. 2ª reimpressão da 6ª ed. São Paulo: Ática, 2001, p. 129; CALMON, Pedro. **História Social do Brasil. Espírito da Sociedade Imperial**. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes. (Temas Brasileiros), 2002: p. 109 e ss.

²¹² O preço da venda de um índio era muito inferior ao valor de um escravo negro. Simonsen elucida que enquanto os índios valiam entre 4.000 a 70.000 réis, os negros valiam entre 50.000 a 300.000 réis. (SIMONSEN, Roberto. **História Econômica do Brasil. 1500–1820**. 2 Tomos. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1937, p. 199). Se a metrópole deixasse ao livre-arbítrio dos senhores de engenho a opção de utilizarem, ou não, a mão-de-obra indígena, muito provavelmente seria essa a primeira opção considerada, porquanto os custos com a aquisição seriam muito inferiores à compra dos escravos africanos — e, certamente, nem as fugas para as florestas ou as doenças transmitidas para os índios seriam impeditivas desse projeto. Décio Freitas afirma que, entre 1570 a 1755, pelo menos quarenta normas foram expedidas, dentre leis, alvarás, provisões, resoluções e regimentos, por meio das quais se proibia a escravização dos indígenas. FREITAS, Décio. **Escravidão e Mercantilismo**. In: **Leituras sobre a Cidadania. Vol. VII. A Cidadania no Brasil. I — O Índio e o Escravo negro**. Editor: Walter Costa Porto. Brasília: Senado Federal. Ministério da Ciência e da Tecnologia. Centro de Estudos Estratégicos, 1988, p. 55.

contra o branco porque estava aberta a todos: “*brancos ou pretos, ingênuos ou libertos, escravos mesmos, estrangeiros ou nacionais, ricos ou pobres*”²¹³. Nabuco talvez estivesse se referindo também aos africanos, quando aludiu aos estrangeiros.

Os escravos nascidos no Brasil costumavam obter cartas de alforria com mais frequência do que eles, mas não foram poucos os africanos que, de mil modos, conseguiram juntar recursos para comprar a sua. E, por volta de 1830, 43% dos domicílios de pessoas “de cor” possuíam escravos. Em Campos dos Goitacazes, no final do século XVIII, um terço da classe senhorial era “de cor”. Um panorama similar podia ser observado na Bahia, em Pernambuco.²¹⁴

Ademais, como ensina a genética, mesmo se a escravidão tivesse sido um regime de opressão racial, a concessão de privilégios com base na cor da pele não representaria reparação nenhuma a descendentes de escravos. Fenótipos são fracos indicadores de ancestralidades. Os brasileiros que se autodefinem como “negros” não são, necessariamente, descendentes de escravos – e podem descender de proprietários de escravos. Por outro lado, os brasileiros que se autodefinem como “brancos” não descendem, obrigatoriamente, de proprietários de escravos – e podem descender de escravos.

A linha de argumentação desenvolvida neste trabalho terá início a partir de uma série de negações, para evitar qualquer tipo de mal-entendido relacionado ao tema das cotas raciais. Não se discute a constitucionalidade de ações afirmativas, como gênero e como política necessária para inclusão de minorias e para o aprimoramento do Estado Social-Democrático. Do contrário: acredita-se que no Brasil o desenvolvimento de políticas afirmativas é um dos principais caminhos para a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, tolerante, plural, diversificada. Concretiza-se, assim, a ideia da igualdade material, de “tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades”, na já tantas vezes repetida lição de Rui Barbosa. Não se discute, também, acerca do reconhecimento de que o Brasil adota o modelo de Estado Social, que em oposição ao modelo de Estado Liberal, prioriza a ideia de integração das minorias, de erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais e regionais, de solidariedade, de harmonia, de prevalência do todo em relação ao individual. Por fim, não se discute, sobre a existência de racismo, de preconceito e de discriminação na sociedade

²¹³ NABUCO, Joaquim. **O Abolicionismo**. Petrópolis, Vozes, 1988, p.38 e 126.

²¹⁴ A bibliografia é vasta. Alguns trabalhos importantes: LUNA, Francisco Vidal & COSTA, Iraci del Nero da. **Minas colonial: economia e sociedade**. São Paulo, FIPE & Pioneira, 1982; COSTA, Iraci. **Arraia-miúda**. São Paulo, MGSP, 1992. FARIA, Sheila de C. **A colônia em movimento**. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1998; PAIVA, Clotilde. **População nas Minas Gerais do século XIX**. São Paulo, USP, 1996, Tese de doutoramento; BARICKMAN, Bert. “As cores do escravismo: escravistas pretos, pardos e cabras no Recôncavo baiano, 1835”, In: **População e Família**, 2, 1999.

brasileira, nem que tais medidas representam chagas que devem ser banidas, combatidas e punidas com o máximo de rigor, na órbita individual e na esfera coletiva.

Tais considerações se mostram necessárias para que se perceba que não é a constitucionalidade de ações afirmativas, como gênero, ou o reconhecimento de que existe preconceito, racismo e discriminação no Brasil o que está em debate nesse trabalho. Discute-se, aqui, sobremaneira, se a implementação de um Estado Racializado, ou, em outras palavras, se o Racismo Institucionalizado, nos moldes em que foi praticado na Alemanha, nos Estados Unidos e em Ruanda, será a medida mais adequada, conveniente, exigível e ponderada, no Brasil, para a finalidade à que se propõe: a construção de uma sociedade mais justa, igual e solidária.

O que pretendemos demonstrar ao longo da argumentação desenvolvida nesta peça é que a adoção de políticas afirmativas racialistas – nos moldes em que vem sendo adotadas em inúmeras universidades, após o beneplácito do STF com o julgamento da ADPF 186 e da ADC 41 - decorreu mais de certo deslumbramento precipitado em relação ao modelo adotado nos Estados Unidos, país criador de tais políticas para negros, aliado à análise superficial dos dados estatísticos relacionados aos negros, do que efetivamente da necessidade de tal modelo no Brasil. No entanto, ao assim proceder, o STF simplesmente deixou de considerar as diferenças estruturais relativas à história das relações raciais entre tais países. Senão, vejamos.

Inicialmente, podemos conceituar as ações afirmativas como um instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, nos diferentes poderes e nos diversos níveis, por meio do qual se almeja integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos subrepresentados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados. Procura-se, com tais programas positivos, promover o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante às diferenças e democrática, uma vez que por meio deles se concedem espaços relevantes para que as minorias participem da comunidade.

Discute-se neste trabalho tão-somente sobre a correteza do acórdão da Corte Constitucional brasileira na ADPF 186 relacionada à implementação, no Brasil, de ações afirmativas baseadas na raça. Em outras palavras: quer-se discutir se a raça, isoladamente, pode ser considerada no Brasil um critério válido, legítimo, razoável e constitucional, de diferenciação do exercício de direitos dentre os cidadãos. Em outras palavras: objetiva-se

discutir se é constitucional que uma Comissão composta por pessoas secretas *arbitrariamente* escolhidas pelo órgão administrativo que organize o concurso ou o vestibular diga à que raça alguém pertence, considerando que raças não existem e diante do povo altamente miscigenado como é o brasileiro. Confira-se com o acórdão do STF da ADPF 186 e da ADC 41:

ADPF 186: EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

EMENTA: ADC 41. Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido. 1. É 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, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, 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. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. **É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.** 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa.

A questão que foi submetida ao julgamento da Suprema Corte – a constitucionalidade ou não da instituição das cotas raciais em Universidades – vem sendo diuturnamente discutida pela magistratura de 1ª e de 2ª instâncias, nos âmbitos estaduais e federais²¹⁵, gerando decisões distintas. Atualmente, praticamente todas as Universidades do

²¹⁵ Somente no âmbito dos TRFs, existem inúmeros acórdãos discrepantes, relacionados às cotas raciais instituídas nas universidades federais. A transcrição da ementa de cada um deles seria enfadonha, repetitiva e contraproducente. Limitamo-nos a transcrever os números dos acórdãos/decisões proferidos e a anexar o inteiro teor de alguns deles, a fim de demonstrar a controvérsia judicial relevante. **No TRF 1ª Região**, confira-se com AMS 2006.33.00.012679-8/BA, AMS 2005.33.00.004296-4/BA, AMS 2005.33.00.004941-5/BA, AMS 2006.33.00.008424-9/BA, AMS 2003.33.00.007199-9/BA, AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2007.01.00.013091-3; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.01.00.016726-1; SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 2005.01.00.033079-8/BA; AGRAVO DE INSTRUMENTO 2004.01.00.041422-0/DF e PROCESSO N. 2004.34.00.022174-8. **No TRF da 2ª Região**, processos n. 200902010031260 e n.

País já implementaram sistema de acesso privilegiado às vagas. Urge assim, elaborarmos a questão: *quais são os critérios utilizados pelas bancas de heteroidentificação?* Em um País altamente miscigenado, como o Brasil, saber quem é ou não negro vai muito além do fenótipo. Após a Nigéria, somos o país com maior carga genética africana do mundo!

Nesse sentido, importa mencionar a pesquisa de ancestralidade genômica realizada em líderes negros brasileiros pelo Professor geneticista Sérgio Pena²¹⁶, a pedido da BBC Brasil. Na ocasião, observou-se que a aparência de uma pessoa diz muito pouco em relação à sua ancestralidade. O sambista Neguinho da Beija-Flor, por exemplo, possui 67,1%²¹⁷ de ascendência europeia. A mesma coisa pode ser afirmada em relação à ginasta Daiane dos Santos²¹⁸ e à atriz da Rede Globo Ildi Silva²¹⁹, nas quais a ascendência europeia é maior do que a africana. Assim, no Brasil, há brancos na aparência que são africanos na ancestralidade. E há negros, na aparência, que são europeus na ascendência.

O professor Sérgio Pena, no estudo denominado Retrato Molecular do Brasil, chegou à conclusão de que, além dos 44% dos indivíduos autodeclarados pretos e pardos, existem no Brasil mais 30% de afrodescendentes, dentre aqueles que se declararam brancos, por conterem no DNA a ancestralidade africana, principalmente a materna (a medicina comprova a história de miscigenação precoce). O trabalho realizado por Pena questionou as estatísticas sobre a composição étnica do País.

20072010161341. **No TRF 4ª Região**, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.023239-0; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.007415-1, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.017091-7, MEDIDA CAUTELAR INOMINADA Nº 2009.04.00.013611-9, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.004495-0, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.004699-4, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.007141-1, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.003536-4, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.007094-7, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.004965-0; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.004606-4, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.006166-1, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.004273-3, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.003537-6, APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2008.71.00.002237-0, APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2008.72.00.000344-4, dentre inúmeros outros. **No TRF 5ª Região**, citam-se os acórdãos proferidos no AMS 99914/AL, no AGTR 88398/02/AL, no AGTR 69760/AL e no AGTR 61893/AL. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, destacam-se: TJ-RJ 2005.017.00015 - ARGUICAO DE INCONSTITUCIONALIDADE; TJ-RJ 2004.001.06281 – APELACAO; TJ-RJ 2004.001.10830 – APELACAO; TJ-RJ 2004.001.12910 – APELACAO; TJ-RJ 2004.001.11351 – APELACAO; TJ-RJ 2003.002.05825 - AGRAVO DE INSTRUMENTO; TJ-RJ 2003.002.05282 - AGRAVO DE INSTRUMENTO; TJ-RJ 2003.002.05345 - AGRAVO DE INSTRUMENTO, além da recente liminar referendada na Representação de Inconstitucionalidade nº 2009.007.00009.

²¹⁶ O professor Sérgio Pena é titular do Departamento de Bioquímica e Imunologia da Universidade Federal de Minas Gerais.

²¹⁷ Disponível em http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/05/070424_dna_neguinho_cg.shtml. Acesso em 06 MAIO 2023.

²¹⁸ Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/05/070409_dna_daiane_cg.shtml. Acesso em 06 MAIO 2023.

²¹⁹ Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/05/070514_dna_ildisilva_cg.shtml. Acesso em 06 MAIO 2023.

Sobre a possibilidade de se determinar cientificamente um grau mínimo de africanidade para cada brasileiro, a ponto de legitimar os descendentes de africanos a serem beneficiados por políticas afirmativas, a explicação do Professor Sérgio Pena é deveras precisa, e, por isso, merece a transcrição:

“A ancestralidade, após os avanços do Projeto Genoma Humano, pode ser quantificada objetivamente. Implementamos em nosso laboratório exames de marcadores de DNA que permitem calcular um Índice de Ancestralidade Africana, ou seja, estimar, para cada genoma humano, qual proporção se originou na África. Recentemente publicamos um estudo demonstrando que no Brasil, em nível individual, a cor de um indivíduo tem muito baixa correlação com o Índice de Ancestralidade Africana. Isso quer dizer que, em nosso país, a classificação morfológica como branco, preto ou pardo significa pouco em termos genômicos e geográficos, embora a aparência física seja muito valorizada socialmente. A interpretação dos achados de nossa pesquisa é que a população brasileira atingiu um nível muito elevado de mistura gênica. A esmagadora maioria dos brasileiros tem algum grau de ancestralidade genômica africana. Poderia a nossa nova capacidade de quantificar objetivamente, através de estudos genômicos, o grau de ancestralidade africana para cada indivíduo fornecer um critério científico para avaliar a afrodescendência? A minha resposta é um enfático não. Tentar usar testes genômicos de DNA para tal, seria impor critérios qualitativos a uma variável que é essencialmente quantitativa e contínua. A definição sobre quem é negro ou afrodescendente no Brasil terá forçosamente de ser resolvida na arena política. Do ponto de vista biológico, a pergunta nem faz sentido”²²⁰. (g.n).

Assim, retroceder a critérios objetivos de análise de ancestralidade genômica, tal qual fizera Hitler na década de 30 com sua eugenia e sua pretensão da raça pura ariana, como acabamos de analisar, a partir do exame de DNA, a fim de identificar quem de fato é 100% branco no Brasil – e, portanto, não-sujeito aos benefícios da medida – seria a única forma de implementar cotas raciais de maneira indene de dúvidas. No entanto, há de se questionar: o bônus da implementação da medida justifica os ônus de realizarmos exames de marcadores genéticos de ancestralidade nos interessados? É preciso pagar este preço para alcançarmos uma sociedade tolerante e solidária? Evidente que não. A opção pela execução da medida ofenderia, sobremaneira, o subprincípio da ponderação de valores, contido no princípio da proporcionalidade, conforme veremos melhor adiante.

Todavia, a instituição de Tribunais Raciais secretos gera infinitos questionamentos possíveis em relação aos critérios segregatórios de definição racial utilizados. Com a instituição das referidas Comissões Raciais, atinge-se, ademais: *o artigo 1º, inciso III* (dignidade da pessoa humana), *o artigo 5º, inciso XXXIII* (direito à informação dos órgãos

²²⁰ PENA, Sérgio. Os Múltiplos Significados da Palavra Raça. In: **Folha de São Paulo**, São Paulo. Opinião. Tendências e Debates, p. 1-3, 21 dez, 1998: p. 1 a 3.

públicos, já que ninguém sabe os critérios por meio dos quais a Banca escolherá os “eleitos” que conseguirão ter acesso à Universidade Pública, ou aos órgãos públicos, nem mesmo se sabe a composição de tal Banca Racial secreta), *o inciso XLII* (vedação do racismo) e *LIV* (devido processo legal – princípio da proporcionalidade, nos subprincípios da adequação, exigibilidade e ponderação), além dos *artigos 205* (direito universal de educação), *206, caput e inciso I* (igualdade nas condições de acesso ao ensino), *207* (autonomia universitária, já que tal princípio encontra limites na necessidade de combater o racismo) e no respeito ao princípio do mérito acadêmico, previsto no *artigo 208, inciso V*, (que determina ser o acesso aos níveis mais elevados do ensino e da pesquisa de acordo com a capacidade de cada um). Atinge-se, em suma, o próprio princípio Republicano.

Com efeito, sabe-se que a autonomia universitária prevista no artigo 208, inciso V, da Constituição Federal, garante aos dirigentes da Universidade poderes amplos de administração, planejamento e utilização dos recursos investidos. Entretanto, a autonomia universitária não pode ser compreendida como um direito absoluto, de maneira que não pode significar que os dirigentes e professores possam fazer o que bem entenderem na instituição. Nesses termos, também os dirigentes deverão observar os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade, da impessoalidade, da moralidade, do mérito e do acesso universal. A questão que se levanta não é superficial: se não se pode definir objetivamente, sem margem de dúvidas, os verdadeiros beneficiários de determinada política pública, então sua eficácia será nula e meramente simbólica.

O sofrimento que o povo africano e os afrodescendentes viveram com o trabalho escravo, uma das formas mais cruéis de exploração, as humilhações de terem sido dominados, a quantidade de vidas desperdiçadas em nome do tráfico de pessoas e o conseqüente desenvolvimento de um comércio humano rentável são fatos inegáveis e que jamais poderão ser esquecidos pela humanidade. Todavia, mesmo sem olvidar o drama vivido pelos negros no passado, o que precisamos analisar, agora, é se o modo pelo qual se desenvolveram as relações raciais no Brasil desde a escravidão, passando pelo processo abolicionista, até chegarmos à situação atual, originaram uma sociedade na qual a cor da pele se constitui na razão exclusiva para a baixa representatividade dos negros nas esferas sociais mais elevadas, ou, então, se o preconceito e a discriminação em face da cor funcionam como apenas uma das variáveis, dentro de um complexo de razões, nas quais se destaca, infelizmente, a precária situação econômica vivenciada pelos negros brasileiros.

Observem tabela feita pelo Instituto Federal do Pará para analisar os candidatos pretos e pardos:

Anexo IV - Padrões Avaliativos

Padrões Avaliados								
Item	Fenótipo	Descrição do Negro	Compatível			Não Compatível		
			A1	A2	A3	A1	A2	A3
1	Pele	1.1. Melanoderma - Cor Preta						
		1.2. Feoderma- cor parda						
		1.3. Leucoderma - cor Branca						
2	Nariz	2.1. Curto/largo/chato (platirrinos)						
3	Boca/dentes	3.1. Lábios grossos						
		3.2. Dentes muitos alvos e oblíquos						
		3.3. Mucosas roxas						
4	Maxilar (Prognatismo)	4.1. Prognatismo saliente a acentuado						
5	Crânio	5.1. Crânio dolicocélico < 74,9 (largo 4/5 do comp)						
6	Face	6.1. Testa estreita e comprida nas fontes						
7	Cabelo	7.1. Crespos ou encarapinhados						
8	Barba	8.1. Barba pouco abundante						
9	Arcos Zigomáticos	9.1. Proeminentes ou salientes						

1. No quesito cor de pele serão válidos os seguintes procedimentos:

a) Caso a compatibilidade de cor PRETA ou PARDA ocorra na avaliação dos 3 membros, todos os outros critérios são desconsiderados acatando a autodeclaração do candidato.

b) Caso a compatibilidade de cor BRANCA ocorra na avaliação dos 3 membros, passa-se a avaliar os demais critérios constantes nos itens 2 a 9. A autodeclaração será acatada se atender o mínimo de 62,5% dos demais critérios de compatibilidade.

2. Cada item compatível de 2 a 9 equivale a 12,5% da pontuação na tabela.

Não há como pretender ter critérios objetivos para tal desiderato sem incidir na armadilha racista. As dúvidas persistem: quantos por cento de ancestralidade africana faz alguém ser considerado negro? E se a pessoa for negra na ancestralidade, mas branca na aparência, e nunca tiver sofrido preconceito e/ou discriminação, isso faz com ela também possa ser beneficiária da medida? E se o indivíduo negro estrangeiro tiver acabado de chegar ao Brasil para aqui ser residente, ele também pode ser beneficiário da política? E se o negro não descender de escravos, terá direito? E o branco na aparência que comprovar descender de negros escravos, poderá ter acesso privilegiado? E o negro que descender de negros que possuíram escravos, também poderá ser beneficiário da política? E os mamelucos, que são pardos, mas que não possuem traços negros, podem ser beneficiários das cotas?

Os defensores dos programas afirmativos racialistas procuram justificar a opção por tais medidas a partir, basicamente, da teoria da Justiça Compensatória, que se lastreia na retificação de injustiças ou de falhas cometidas contra indivíduos no passado, ora por particulares, ora pelo governo. O fundamento deste princípio é relativamente simples: quando uma parte lesiona a outra, tem o dever de reparar o dano, retornando a vítima à situação que se

encontrava antes de sofrer a lesão. Propriamente dita, a teoria compensatória é a reivindicação para que se repare um dano ocorrido no passado em relação aos membros de determinado grupo minoritário.

Por meio desta teoria, assevera-se que o objetivo dos programas afirmativos para os afrodescendentes seria o de promover o resgate da dívida histórica que os brancos possuem em relação aos negros por havê-los submetidos à escravidão no passado. O problema da adoção dessa teoria para justificar a imposição de políticas afirmativas racialistas é que se afigura deveras complicado responsabilizar, no presente, os brancos descendentes de pessoas que, em um passado remoto, praticaram a escravidão. Ademais, é praticamente impossível, em um país miscigenado como o Brasil, identificar quem seriam os beneficiários legítimos do programa compensatório, já que os negros de hoje não foram as vítimas e eventualmente podem descender de negros que tiveram escravos e que jamais foram escravizados. Culpar pessoas inocentes pela prática de atos dos quais discordam radicalmente promove a injustiça, em vez de procurar alcançar a equidade.

Assim, a teoria compensatória não pode ter espaço quando os indivíduos que são tratados como um grupo — o dos descendentes dos antigos senhores escravocratas — não endossaram as atitudes em relação às quais serão responsabilizados ou, então, não exerceram qualquer tipo de controle em relação a elas. Por outro lado, por meio da ideia de justiça compensatória, a reparação seria efetivada para aqueles que não sofreram diretamente o dano. Ofende-se, deste modo, ideias mínimas e elementares da responsabilidade civil. No mesmo sentido, Fiscus adverte²²¹:

“Mais especificamente, há duas objeções relacionadas ao argumento da justiça compensatória para as ações afirmativas. Elas são fundamentadas nos princípios complementares de que a compensação deveria ser paga à pessoa prejudicada e de que deveria ser pago por aquele que ocasionou o dano. Programas de ações afirmativas baseados na justiça compensatória podem fracassar, pelo primeiro princípio, de várias maneiras. **Sustentar que os descendentes de milhões de negros lesionados ao longo de nossa história têm direito à compensação, pelo prejuízo ocasionado aos seus ancestrais em um passado longínquo, é violar o primeiro princípio da justiça compensatória, que os sujeitos da compensação sejam aqueles verdadeiramente prejudicados. (...) Justificar ações afirmativas em termos de justiça compensatória é uma opção extremamente infeliz.** Essa justificativa é problemática, nestes casos, e suas vulnerabilidades foram agarradas pelos críticos — inclusive, e talvez de modo mais importante, pelos *Justices* da Suprema Corte — para desacreditar as ações afirmativas. Argumentos de justiça compensatória, no contexto das ações afirmativas, vão de encontro à nossa forte e arraigada oposição geral às responsabilidades de grupo e aos direitos de um grupo — castigando ou recompensando um indivíduo simplesmente porque ele ou ela

²²¹ FISCUS, Ronald J. **The Constitutional Logic of Affirmative Action**. Edited by Stephen L. Wasby; Foreword by Stanley Fish. Durham and London: Duke University Press, 1992, p. 9 e 10. Tradução livre.

pertence a um determinado grupo”.

Assim, políticas indenizatórias para reparar a dívida histórica da sociedade em relação a determinadas categorias não seriam legítimas porque, em termos de compensação pelo dano sofrido, somente aqueles que foram diretamente lesionados poderiam pleitear a reparação correspondente e contra quem efetivamente ocasionou o prejuízo.

3.10 O PERIGO DA IMPORTAÇÃO DE MODELOS. OS EXEMPLOS DE RUANDA E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.

3.10.1 Ruanda – um caso extremo de boas intenções

Ruanda é um país africano cuja história recente se construiu a partir do embate entre duas visões bem distintas, a dos colonizadores e a dos colonizados e que terminou em um confronto de proporções inimagináveis. A história se passa nos anos 1990²²².

Ruanda foi uma das inúmeras nações construídas depois do Tratado de Berlim. Primeiro passou pelas mãos dos alemães e depois da Primeira Guerra Mundial foi entregue à Bélgica. Era uma sociedade que se enxergava como uma única nação, na qual todos falavam a mesma língua e tinham uma mesma fé. Ruanda era descrita pelos historiadores como uma terra onde contrastava a pluralidade de “raças” com um genuíno sentimento de unidade nacional. Nesse sentido escreveu o historiador Lacger: *“há poucos povos na Europa entre os quais encontremos esses três fatores de coesão nacional: uma língua, uma fé, uma lei”*. Havia diferenças entre as pessoas que ali viviam, mas elas casavam entre si, frequentavam os mesmos templos, trocavam suas mercadorias, relacionavam-se no dia-a-dia²²³.

O povo se dividia basicamente em lavradores, que se viam como *Hutus*, e pastores, criadores de gado, que se pensavam como *Tutsis*. Ao longo da colonização belga, e mesmo antes, durante a ocupação alemã, os tutsis foram considerados superiores e os

²²² A descrição dos eventos que transformaram Ruanda foi feita com base em GOUREVITCH, Philip. **Gostaríamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias**. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

²²³ Explica Zimbardo: “Uma distinção racial foi criada arbitrariamente pelos colonialistas belgas e alemães para discriminar pessoas que, por séculos, se casaram entre si, falaram a mesma língua, e compartilharam a mesma religião. Eles forçaram todos os ruandeses a carregarem cartões de identificação que diziam se faziam parte da maioria hutu ou da minoria tutsi, o que beneficiava os tutsis, que tinham mais condições de educação e assim de ocupar postos administrativos. (...) Enxergar os inimigos como abstrações, e chamá-los por um termo desumanizador como “baratas”, que precisavam ser “exterminadas também facilitou os assassinatos em massa e os estupros. Aqui se encontra um documentário vivo da imaginação hostil que pinta as faces dos inimigos cor tonalidades odiosas para, então, destruir a tela pintada”. ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer. Como pessoas boas se tornam más**. Tradução de Tiago Novaes Lima. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2022, p. 36.

dominadores utilizavam-nos na sua administração. O mito de origem da nação dizia que os tutsis eram herdeiros superiores de uma tribo de origem etíope, descendente do rei Davi bíblico e, portanto, de uma raça superior aos negroides nativos.

Não podemos ignorar que essa imagem de grupos separados em Ruanda foi reforçada pelo colonizador: a Bélgica também era cortada por uma divisão étnica separatista entre valões e flamengos. Assim, os belgas, informados por suas próprias divisões internas²²⁴, decidiram organizar aquela sociedade colonizada - considerada por eles repleta de ambiguidades insuportáveis. Em 1933, resolveram fazer um censo étnico com a intenção de proteger os hutus da dominação tutsi. Dividiram a sociedade entre hutus e tutsis e todos passaram a ter na sua carteira de identidade a definição precisa entre as duas etnias.

Com o fim da Segunda Grande Guerra e a luta na Europa pela igualdade, na Bélgica, exatamente os flamengos, lutavam para adquirir os seus direitos. Muitos pastores protestantes da minoria flamenga foram enviados para Ruanda. Lá encontraram uma situação em que os hutus também eram “os dominados” e a identificação foi imediata. Quando da luta interna de Ruanda pela independência, os hutus lideraram o partido em prol da independência e lançaram a ideia de igualdade, de liberdade, que se parecia com o discurso moderno de cidadania que estava se processando na Europa. Na verdade, embora identificado pelos Belgas como um discurso libertário, aquelas palavras hutus significavam luta étnica.

Assim, em março de 1957, um grupo de intelectuais publicou o manifesto hutu reivindicando democracia e fim da submissão aos tutsis. Dessa feita, o mito da superioridade tutsi não foi rejeitado, mas teve outra interpretação: se eles eram povos superiores e descendiam de imigrantes, no fundo eram os invasores e a nação de fato pertencia aos hutus.

Após a independência, em 1963, chegou ao poder um partido étnico assentado sobre a maioria hutu. O novo regime declarou que a história anterior do país, desde a consolidação do poder tutsi no antigo reino ruandês até a colonização europeia, constituía uma longa idade das trevas. A ruptura, porém, não excluía continuidades: continuaram a ser emitidas carteiras de identidade étnicas, que passaram a servir aos propósitos da nova elite dirigente.

Sob um governo hutu moderado, os tutsis foram excluídos totalmente da oficialidade militar e começaram a ser introduzidas cotas étnicas nas universidades e nas escolas médias. As cotas étnicas se transformariam em lei nacional e se estenderiam ao funcionalismo público em 1973, com o golpe de Estado que levou ao poder um partido hutu mais extremista.

²²⁴ Não deixa de ser pitoresco o recente vídeo no qual o primeiro ministro belga demonstra desconhecer os motivos do principal feriado nacional, além de cantar o hino da França, quando solicitado a cantar o hino nacional Belga. Disponível em: <https://www.dailymotion.com/video/xb17zw>. Acesso em: 06 MAIO 2023.

A lei limitava a 9% as vagas que poderiam ser preenchidas por candidatos tutsis, uma proporção que correspondia, em tese, à participação dos tutsis na população ruandesa à época da independência. A justificativa oficial enfatizava a ideia de compensação: era preciso assegurar aos hutus os caminhos de ascensão social que haviam sido negados por tanto tempo.

Nas duas décadas do regime extremista, “uma fábrica de invenção de memórias de medo e ódio”²²⁵. O dínamo dessa fábrica situava-se num núcleo de intelectuais da Universidade de Ruanda em Butare, que se dedicaram a narrar a história do país como uma fábula de opressão dos tutsis sobre os hutus. Houve conivência, ou ao menos inaceitável omissão de estados europeus com o terrível massacre.

Um eugenismo exterminista perpassa os discursos emanados do grupo. Um panfleto político publicado em 1990 e intitulado os “Dez mandamentos hutu” fazia a denúncia das uniões interétnicas, responsáveis pela contaminação da “pureza hutu”, e clamava pelo isolamento dos “demoníacos tutsis”. Em 1992, o ideólogo de poder hutu Leon Musegera pronunciou um famoso discurso, conclamando os hutus a mandar os tutsis de volta à Etiópia pelo rio Nyabarongo, um tributário do Nilo que atravessa Ruanda. Ele não precisou repetir.

Em 1994, o jornal extremista *La Medaille* exigia a “extinção” da “raça tutsi”. O discurso anti-tutsi seguiu uma trajetória similar à do discurso nazista anti-judaico, evoluindo da ideia de deportação para a de extermínio. Semanas depois, em abril, um atentado contra o helicóptero que transportava o chefe de Estado deflagrou o genocídio dos tutsis ruandeses. Em abril de 1994, o rio estava entulhado de tutsis mortos e dezenas de milhares de corpos jaziam nas margens do lago Vitória²²⁶.

Uma milícia hutu começou a matança, com a ajuda do exército. Mas o genocídio foi uma ação de massas, perpetrada por parcela significativa da população hutu. Muitos

²²⁵ LEMARCHAND, René. Ethnicity as a Myth: the view from the Central Africa. In: **Occasional Paper**, Centre of African Studies: University of Copenhagen, maio 1999, p. 10.

²²⁶ Zimbardo analisa o tema: “a jornalista francesa Jean Hatzfeld entrevistou dez membros da milícia hutu, atualmente presos por esfaquear até a morte milhares de civis tutsis. Os testemunhos desses homens comuns - em sua maioria fazendeiros, frequentadores de igreja e antigos professores - são arrepiantes em sua banalidade, descrevendo sem remorso crueldades inimagináveis. Suas palavras nos forçam a nos confrontar inúmeras vezes com o impensável: que os seres humanos são capazes de abandonar completamente a sua humanidade em nome de uma ideologia impensada, para obedecer, e, em seguida, extrapolar as ordens de líderes carismáticos de destruir todos aqueles rotulados de “O Inimigo”. Revisitamos acerca de alguns destes relatos, capazes de empalidecer, por comparação, até mesmo *A Sangue Frio*, de Truman Capote. “Desde que comecei a matar com frequência, passei a sentir que aquilo não significava nada para mim. Quero deixar claro que, do primeiro ao último cavalheiro que matei, eu não sinto pesar por nenhum deles.” Estávamos obedecendo ordens. Estávamos alinhados com o entusiasmo de todo mundo. Nos reuníamos em times no campo de futebol e partíamos para a caça com uma euforia coletiva.” “Qualquer um que hesitasse em matar por conta de sentimentos de tristeza tinha que tomar cuidado com o que dissesse, para não falar nada sobre a razão de sua hesitação, devido ao medo de ser acusado de cumplicidade.” ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer. Como pessoas boas se tornam más**. Tradução de Tiago Novaes Lima. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2022, p. 37.

mataram para se vingar de injúrias históricas ou apenas dando vazão a ressentimentos banais contra vizinhos. Muitos outros mataram para não serem mortos pela milícia: os exterministas queriam envolver toda a “nação hutu” na operação genocida, selando uma comunhão de culpa e destino.

As carteiras de identidade étnicas cumpriram uma última função durante as matanças. O rótulo “tutsi”, naqueles documentos, equivalia a uma sentença de morte. Soldados e milicianos tinham ordens de retirar as carteiras de identidade dos cadáveres e entregá-las a seus superiores. Depois do genocídio, o novo reitor de Butare, Emmanuel Bugingo, reconheceu as impressões digitais da universidade na tragédia: *“todo o morticínio em Ruanda foi cuidadosamente planejado por intelectuais e esses intelectuais passaram por esta universidade”*²²⁷.

Ao longo desses anos, de 1933 até o genocídio em 1994, o país que era misturado, ambíguo no seu sistema de classificação, acabou adquirindo a rigidez imposta pelo Estado com as carteiras étnicas, e, espelhado na divisão dos dominadores e nas comissões de heteroidentificação, cindiu-se entre hutus e tutsis. Um povo que tinha uma mesma religião, falava uma mesma língua e se considerava parte de uma mesma nação foi cindido em dois e tal divisão acarretou um profundo e tenebroso ódio entre irmãos²²⁸. Os grupos que foram forjados por força de uma lógica de racismo institucionalizado, apesar de iniciado com a melhor das intenções, acabaram se transformando em personagens trágicos de uma cruenta destruição²²⁹.

3.10.2 Os Estados Unidos da América – a segregação como política de Estado – as Leis Jim Crow. A criação das Ações Afirmativas como medidas de inclusão para negros

As diferentes formas de colonização realizadas no Brasil e nos Estados Unidos geraram consequências importantes quanto ao modo segundo o qual se desenvolveram as

²²⁷ CHEGE, Michael. Africa's murderous professors. In: **The National Interest**, inverno 1996.

²²⁸ Matávamos todos que encontrávamos (escondidos) na plantação de papiro. Não tínhamos razões para escolher, esperar ou temer alguém em particular. Éramos cortadores de relações, cortadores de vizinhos, apenas simples cortadores. "Sabíamos que nossos vizinhos tutsis não eram culpados de crime algum, mas pensamos que todos os tutsis tinham culpa por nossos constantes problemas. Não olhávamos mais para eles individualmente, não parávamos mais para reconhecê-los ou pensar como tinham sido, nem ao menos como colegas. Eles se tornaram uma ameaça maior do que tudo o que havíamos vivido juntos, mais importante do que nossa forma de enxergar as coisas na comunidade. Foi assim que pensamos e matamos ao mesmo tempo." "Não víamos mais um ser humano quando descobríamos um tutsi escondido no pântano. Quero dizer, não como uma pessoa como nós, com os mesmos pensamentos e sensações. A caçada foi selvagem, os caçadores eram selvagens, a presa era selvagem - a selvageria tomou conta da mente." ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer. Como pessoas boas se tornam más**. Tradução de Tiago Novaes Lima. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2022, p. 38.

²²⁹ O genocídio em Ruanda deixou mais de 800 mil mortos. O Tribunal Penal Internacional impôs diversas condenações aos acusados do genocídio. Em 14/07/2009, mais um culpado foi condenado à prisão perpétua: o ex-prefeito de Kigali, coronel Tharcisse Renzaho. O coronel foi um dos que incentivou a criação de leis raciais.

relações raciais em cada um dos países. A despeito de essa análise ser de suma importância para o estudo das ações afirmativas, para sabermos se o problema da integração do negro no Brasil tem conteúdo exclusivamente racial tal como ocorrera nos EUA, espantosamente o estudo da história de cada país vem sendo relegado a segundo plano pelos juristas nacionais, que tradicionalmente escrevem a favor da simples necessidade de importação do modelo, sem maiores reflexões, como fez a Corte Constitucional ao julgar a ADPF 186.

Profundas foram as diferenças quanto à colonização efetuada por Portugal e pela Inglaterra, o que influenciou decisivamente a formação do povo brasileiro e do estadunidense. No Brasil, por exemplo, a miscigenação entre as raças decorreu de um processo natural, devido à forma com o se processou a colonização. Nos Estados Unidos, diferentemente, a miscigenação foi combatida e a separação entre brancos e negros, estimulada, pela sociedade e pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, em seus diferentes níveis. Senão, vejamos.

A colonização feita por ingleses foi realizada no intuito de povoar a terra, originando núcleos familiares. Mudanças estruturais na Inglaterra haviam ocorrido, devido ao estabelecimento das manufaturas e conseqüente cercamento dos campos, o que, aliado aos conflitos religiosos, fizeram com que houvesse uma multiplicidade de pessoas ávidas a sair do país e a obter ocupações. O sucesso dessa empreitada colonizadora pode ser explicado ainda por outros fatores, como clima semelhante a ensejar o minifúndio e a policultura, e religião protestante, a glorificar a ética do trabalho e a recompensa ao esforço individual. As condições em que se desenvolveu a colonização nos Estados Unidos geram uma série de relações no que tange à questão racial.

Primeiro, porque a colonização efetuada por famílias fez com que não houvesse nos Estados Unidos uma forte miscigenação, da maneira como foi conhecida no Brasil — não havia carência de mulheres. Segundo, porque o estabelecimento da mão-de-obra escrava somente teve início efetivo a partir do século XVIII, até então, contava-se com o trabalho dos brancos. Terceiro, porque a religião protestante admitia o divórcio, logo, às mulheres era garantido o direito de se divorciarem dos maridos que, eventualmente, praticassem a infidelidade com as negras, o que dificultou a miscigenação.

No Brasil, a colonização realizada por Portugal nos fez herdar características já presentes naquele reino, em todos os aspectos da vida social. Não havia em Portugal excedente populacional apto a promover a colonização. Quando esta foi finalmente efetuada, realizou-se durante quase cem anos apenas por homens brancos, o que propiciou intenso caldeamento com as mulheres negras e as indígenas. Não é à toa que o geneticista Sérgio Pena conseguiu

identificar que a matrilinearidade genômica, na análise do DNA dos brasileiros, é predominantemente africana e ameríndia. A par desse aspecto, a Religião Católica não admitia o divórcio, o que facilitou a miscigenação, pois em um Estado Católico às mulheres só era dado resignarem-se.

Outra distinção importante entre o Brasil e os Estados Unidos pode ser observada quanto ao modo em que se desenvolveu o processo abolicionista. No Brasil, a abolição decorreu de necessidade econômica premente relativa à escassez da mão-de-obra. A par desse aspecto, a existência de uma quantidade considerável de negros livres – 90% ²³⁰ anteriormente à abolição fez com que a inserção desses na sociedade ocorresse de maneira paulatina e gradual, de modo que a abolição, quando aconteceu, não gerou grande transformação na sociedade.

Após a aquisição da liberdade, não houve restrições para que os negros ocupassem determinados cargos ou empregos, ou que frequentassem certos lugares. Do contrário, aqueles que conseguiram qualificação puderam ocupar cargos de prestígio. A propósito, no Brasil, a assunção de postos sociais relevantes por negros era prática usual mesmo antes da abolição, como demonstra a Ordem de 1731, emanada por D. João V. Por meio desta, o Rei conferiu poderes ao Governador da Capitania de Pernambuco, Duarte Pereira, para que empossasse um negro no cargo de Procurador-Geral da Coroa, de grande prestígio à época, afirmando que a cor não lhe servia como um impedimento para exercer tal função.

Em suma: no Brasil, felizmente conseguimos superar a vergonha da escravidão sem termos desenvolvido o ódio entre as raças. O ingresso lento, porém constante, do negro livre na sociedade, preparou a população brasileira para a chegada destes no mercado de trabalho. Não foi à toa que no Ceará foram os brancos jangadeiros quem iniciaram o movimento abolicionista, a partir do slogan: *“No Ceará não entrarão mais carregamentos de escravos!”*. Da mesma maneira, em São Paulo, foram os trabalhadores ferroviários brancos especialmente ativos na campanha abolicionista.

De outra maneira, a abolição da escravatura estadunidense foi marcada pela maior e mais violenta guerra pela qual passaram os norte-americanos, deixando um saldo de 600 mil mortos. O resultado do conflito foi o acirramento do ódio dos brancos para com os negros. Naquela sociedade, não havia uma expressiva quantidade de negros livres

²³⁰ AQUINO, Rubim. **Sociedade Brasileira: uma História. Através dos Movimentos Sociais: da Crise do Escravismo ao Apogeu do Neoliberalismo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record. 2002, p. 48; PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução Política do Brasil: Colônia e Império**. 2ª reimpressão da 21ª edição de 1994. São Paulo: Brasiliense, 2001: p. 99.

anteriormente à abolição: 87,5% permaneciam escravos²³¹. Naquela sociedade, a concessão da alforria aos escravos era praticamente impossível: inúmeras leis ora proibiam a alforria, ora decretavam o exílio forçado para a África dos escravos que porventura conseguissem a liberdade, ora impunham pesadas multas para os senhores que procurassem conceder a manumissão.

Ademais, é importante destacar que a sociedade norte-americana era marcada por uma profunda competição individual. Era a chamada terra das oportunidades, como se referia Tocqueville. Os negros livres eram considerados ameaças, rivais a serem afastados ou removidos. Dessa maneira, a maioria dos operários brancos não somente se absteve de ajudar os negros na campanha abolicionista, como, sobretudo, realizou motins para atacá-los, por vê-los como concorrentes nos postos de emprego.

Quando nos Estados Unidos decretou-se a abolição da escravatura, houve a inserção forçada no mercado de trabalho de um grande número de negros livres que passaram a disputar espaços na sociedade, pela primeira vez, com os brancos. Aliado a esse fator, a principal razão da Guerra Civil norte-americana, cujo saldo de mortos em termos proporcionais à quantidade da população até hoje não foi superado por nenhum outro conflito, foi o impasse provocado pela decisão de permitir ou não a permanência da escravidão nos estados do sul do país.

A incipiente competição entre negros e brancos no mercado de trabalho, conjugado com o fato de os negros terem sido considerados os verdadeiros culpados pela guerra sangrenta que dividiu o país, gerou um ódio racial violento e segregacionista e fez surgir organizações como a Ku Klux Klan e os Conselhos dos Cidadãos Brancos, que proclamavam a inferioridade da raça negra e a necessidade de expulsá-los dos Estados Unidos, a fim de dar início a um governo exclusivamente de brancos e para brancos.

Nos Estados Unidos, a segregação não fora promovida apenas por organizações particulares, mas, *espantosamente*, pelo próprio Estado, por isso que esta é também chamada de segregação institucionalizada, ou Estado racista, tal qual aconteceu com a Alemanha nazista. Efetuada por meio de leis — que visavam impedir que brancos e negros frequentassem os mesmos ambientes — por meio de decisões judiciais²³² — que reafirmavam a posição

²³¹ FRANKLIN, John Hope. **Raça e História. Ensaios Selecionados (1938-1988)**. Tradução de Mauro Gama. Rio de Janeiro: Rocco, 1999, p. 173.

²³² Não podemos deixar de mencionar a célebre decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), quando se instituiu a doutrina dos “iguais, mas separados”. Neste caso, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade do Estatuto da Louisiana de 1890, por meio do qual se determinou que o transporte por estradas de ferro deveria ser feito por meio de acomodações *iguais, mas separadas* para os brancos e para as pessoas de

discriminatória levada a cabo pelo Governo — e por meio da formação de um consciente coletivo discriminatório, caracterizado pelo fato de a maior parte da população não enxergar as duas raças como iguais e, diuturnamente, promover a separação.

Desse modo, a adoção do sistema *Jim Crow*²³³ no sul dos Estados Unidos trouxe consequências muito graves para a realidade negra. Na medida em que o próprio governo institucionalizou a segregação, fez surgir no imaginário nacional a ideia de que a separação entre brancos e negros era legal e legítima, de que não era correto haver relações entre as raças, nem mesmo de cordialidade. Despertou a consciência das pessoas para a diferença, em vez de procurar promover a igualdade.

Durante praticamente um século, a segregação institucionalizada prevaleceu no sul dos Estados Unidos. Por meio dela, os negros foram proibidos de frequentar as mesmas escolas que os brancos, de ter propriedades, de viver em certas vizinhanças, de obter licenças para trabalhar em determinadas profissões, de casar com brancos, de se tornarem cidadãos, no sentido de votar e ser votado, de testemunharem, de ingressarem em lanchonetes, de beberem água nos mesmos bebedouros, dentre outras restrições. Como afirmou o historiador Chin: “Para muitos americanos, desde o hospital onde nasceram até o cemitério onde foram enterrados, todas as principais instituições sociais eram rigidamente segregadas pela raça”²³⁴.

O sistema *Jim Crow* estabeleceu uma mensagem de inferioridade, fixando espaços diferenciados para negros e brancos. Originou-se da necessidade de controle pelos brancos daquela massa de negros livres competindo com eles no mercado de trabalho, uma vez extinta a escravidão. Legitimou-se a partir da ascensão de movimentos sociais organizados que pregavam a inferioridade da raça negra, como a *Ku Klux Klan*, organização racista que em

cor. Assim, seria perfeitamente constitucional que os negros fossem barrados, se porventura quisessem viajar nas áreas destinadas aos brancos, porque o princípio da igualdade não significava que as raças deveriam compartilhar do mesmo espaço físico. E, ainda, a decisão de 1953, proferida pela Suprema Corte de Oklahoma, no caso *McLaurin v. Oklahoma State Regent for Higher Educations*, que considerou válidas as recomendações proferidas pela Universidade para admissão de um negro no curso de Doutorado, considerando que não havia outra universidade que fosse destinada apenas aos negros. Dentre as providências determinadas, destaque-se a ordem de que o negro deveria assistir às aulas sentado em cadeira própria, cercada por uma grade, em que fosse afixada a frase “Reservada para negros”. O assento deveria se situar na antessala contígua à sala de aula. Ainda segundo o regulamento, o aluno somente poderia estudar no mezanino da biblioteca e não nas mesas da sala regular de leitura, e, ainda assim, deveria sentar-se em uma cadeira especialmente designada. No restaurante, o estudante deveria fazer as refeições em horários diferentes dos brancos, em uma mesa destinada para negros. Tais limitações, apesar de parecerem desarrazoadas, convergiam para a linha de pensamento consolidada anteriormente pela Suprema Corte, ao julgar o caso *Plessy*.

²³³ Essa expressão denomina o sistema de segregação institucionalizado norte-americano e recebeu esse nome porque à época havia um espetáculo no qual cantores brancos se pintavam de negros e dançavam de maneira caricata. A música terminava com a expressão *Jim Crow*.

²³⁴ CHIN, Gabriel J. **Affirmative action and the Constitution. Affirmative action before constitutional law, 1964–1977**. Vol. I. New York & London: Garland publishing, Inc., 1998, p. XV. Tradução livre.

1920 chegou a reunir 5 milhões de membros no país, dentre os quais o Presidente Harry Truman, governadores, prefeitos, senadores e outras autoridades. Fortaleceu-se com a publicação da obra de Thomas Dixon, *The Klansman — an Historical Romance of Ku Klux Klan* e no filme baseado neste romance, *The Birth of a Nation* — de David W. Griffith's, de 1915. Tais obras foram estrondosos sucessos à época — o filme chegou a ser transmitido na Casa Branca - e funcionaram como poderosos instrumentos para propaganda e exaltação da *Ku Klux Klan*.

As consequências desse perverso sistema estatal em que os direitos dos indivíduos foram separados com base em teorias de classificação racial não poderiam ter sido diferentes: a criação de duas sociedades paralelas, a dos brancos e a dos negros, com identidades, culturas e valores distintos. Tamanho é o grau de incredulidade sobre a adoção desse sistema nos Estados Unidos de *apenas* 60 anos atrás que se faz necessário hoje transcrever algumas das ementas das leis que existiram naquela época. É importante escancarar, sempre que oportuno, as hipóteses que revelam a que nível de estupidez a espécie humana é capaz de chegar. Eis alguns exemplos de ementas das leis segregacionistas nos EUA²³⁵:

- ✓ **Enfermeiras** — Não se pode demandar o trabalho de enfermeiras para trabalhar em hospitais, públicos ou privados, se houver pacientes negros;
- ✓ **Ônibus** — Todas as estações de passageiros devem ter pontos de espera separados e os assentos no ônibus devem ser separados para os brancos e para os negros;
- ✓ **Estradas de Ferro** — O condutor de cada trem de passageiros é solicitado a designar cada passageiro ao carro ou à divisão do carro e designar à qual raça o passageiro pertence;
- ✓ **Restaurantes** — Será ilegal conduzir um restaurante ou outro lugar que sirva comida na cidade no qual brancos e negros sejam servidos no mesmo cômodo, a não ser que os brancos e as pessoas de cor estejam efetivamente separados por uma sólida divisória estendida desde o chão até a distância de 2 metros ou mais e a não ser que seja providenciada uma entrada separada na rua para cada compartimento;
- ✓ **Piscinas e Casas de Bilhar** — Será ilegal para um negro e um branco jogarem juntos, ou na companhia um do outro, qualquer jogo na piscina ou de bilhar;
- ✓ **Banheiros Masculinos** — Todos os empregadores de homens brancos e negros devem providenciar banheiros separados entre eles;

²³⁵Tradução livre. Disponível em: https://www.nps.gov/malu/learn/education/jim_crow_laws.htm. Acesso em: 09 MAIO 2023.

- ✓ **Casamentos entre Raças** — Todos os casamentos entre uma pessoa branca e um negro são por meio desta lei para sempre proibidos;
- ✓ **Educação** — As escolas para crianças brancas e as escolas para crianças negras devem ser administradas separadamente.

Observa-se, desse modo, que nos Estados Unidos, mesmo após a abolição da escravidão, a todos os negros, ricos ou pobres, era negado o exercício de inúmeros direitos, independentemente da classe social ocupada. A aquisição de direitos, naquela sociedade, embasava-se na cor do indivíduo e isso perdurou até meados da década de 1960²³⁶. Institucionalmente, o negro era um cidadão de segunda classe. Bem resumiu esse problema o professor de história norte-americana da Universidade de Chicago, John Hope Franklin: “O apoio público às escolas segregadas era a verdadeira síntese da discriminação. Preponderava o ponto de vista de que virtualmente tudo o que se gastasse com as escolas para negros era um desperdício, não só por serem os negros incapazes de aprender alguma coisa importante, mas porque o próprio esforço para educá-los lhes daria falsas noções das suas capacidades e os estragaria para o seu lugar na sociedade”²³⁷.

É importante ressaltar, então, que o surgimento das ações afirmativas para negros nos Estados Unidos decorreu de uma situação histórica e específica, originada pela discriminação oficial até então praticada naquele país e que transformara a sociedade em um barril de pólvora prestes a explodir a qualquer momento. Criar programas positivos de integração forçada com base na raça foi a solução encontrada pelos governantes para tentar administrar a crise. Se nenhuma medida fosse adotada, ou se nada fosse feito para conter o ânimo da população segregada quando da eclosão dos movimentos de Direitos Civis na década de 60, ocorreria um conflito civil de proporções incalculáveis no território norte-americano.

Inicialmente propostas como providências neutras de combate à discriminação institucionalizada, nos governos de John Kennedy (1961 – 1963) e de Lyndon Johnson (1963 – 1969), a adoção das ações afirmativas, com tal significado, revelou-se de relativa eficácia. Uma política destinada tão-somente a combater a segregação e a proibir a discriminação não

²³⁶ Apesar de a decisão da Suprema Corte no caso *Brown vs. Board of Education* ser de 1954, só conseguiu ser colocada em prática em 1969, quando a Corte Constitucional julgou o caso *Alexander v. Holmes County Board of Education*, 396 US. 19.

²³⁷ FRANKLIN, John Hope. O Negro depois da Liberdade. In: WOODWARD, C. Vann. (Org.). **Ensaios Comparativos sobre a História Americana**. Tradução de Octávio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 178.

foi suficiente para acabar com os efeitos perversos da separação institucional. Como afirmou o constitucionalista Rosenfeld, “uma vez que o Estado havia praticado a segregação racial, um mero retorno à política cega à cor, todavia, não seria suficiente para conduzir à integração”²³⁸.

Urgia a criação de programas para integrar o afrodescendente, a fim de aplinar os movimentos negros organizados, que protestavam com mais força, no final da década de 60. Criar programas positivos foi a solução encontrada pelos governantes para tentar administrar a crise, que se inflamava a partir dos contínuos assassinatos provocados pela Ku Klux Klan, inclusive de crianças negras.

Era preciso dar uma resposta à população exaltada, para que seus representantes tivessem a percepção de que alguma coisa estava sendo realizada e de que os assassinatos de Kennedy e de Martin Luther King²³⁹, grandes líderes da causa negra, não os haviam deixado sozinhos.

Assim, de medidas destinadas inicialmente apenas a efetivar uma política cega à cor, as ações afirmativas para negros nos Estados Unidos evoluíram para um significado mais ativo, de integração, a partir da consciência da raça. A política que antes se propunha cega, passou a enxergar a cor como um fator a ser considerado. Desta feita, não mais para subjugar os negros, mas para incluí-los.

Deste modo, uma das ironias sobre a criação das ações afirmativas nos EUA é que estas foram imaginadas e colocadas em prática por alguns brancos que estavam no poder e não por negros que idealizaram as medidas como mecanismo de integração. Os principais líderes do movimento negro organizado não se manifestaram favoravelmente a tal política integracionista e lutaram apenas para combater a discriminação institucionalizada. Martin Luther King chegou a se manifestar sobre o tema, advertindo que a adoção de políticas afirmativas seria contraproducente para o movimento negro, porque não conseguiria encontrar justificativas diante de tantos norte-americanos brancos pobres²⁴⁰. Como afirma Skrentny: “Embora grupos de direitos civis e afro-americanos possam ter apoiado ações afirmativas como medidas preferenciais de direitos civis desde, pelo menos, a década de setenta, a política foi

²³⁸ Tradução livre. ROSENFELD, Michel. **Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry**. New Haven and London: Yale University Press, 1991: p. 163.

²³⁹ A onda de violência que se seguiu ao assassinato de King (4/4/1968) foi praticamente incontrolável. Em Chicago, Washington, Detroit, Nova York, Boston e em Memphis tropas federais precisaram ser chamadas para conter os ânimos da população revoltada. Inúmeras cidades decretaram Estado de Defesa. Mais de 150 cidades ficaram em chamas e cobertas de sangue. O funeral, realizado em Atlanta, reuniu 100 mil pessoas. A perda foi irreparável e as demandas se acirraram, a partir de então.

²⁴⁰ Apud SKRENTNY, John David. **The Ironies of Affirmative Action. Politics, Culture, and Justice in America**. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1996: p. 231 e 232. Tradução livre.

largamente uma construção da elite branca masculina, que tradicionalmente tem dominado o governo e os negócios”²⁴¹.

Não deixa de ser outra ironia o fato de as primeiras ações afirmativas no sentido inclusivo²⁴² terem sido implementadas por aquele que era conhecido como o “inimigo dos Direitos Civis”: Richard Nixon, republicano, conservador e que em campanha havia se declarado contrário à adoção de ações afirmativas. Nixon era tão intolerante em relação aos negros que chegou mesmo a afirmar que as únicas hipóteses admissíveis de aborto seriam no caso de estupro e no caso de filhos interracialis²⁴³.

O que se procura ressaltar, nesse ponto, não são os rumos dos partidos políticos norte-americanos, nem a coerência dos seus ideais. Apenas se quer sugerir que a adoção de uma política afirmativa integrativa terminaria por acontecer de qualquer maneira, independentemente de quem estivesse no poder — e o fato de ter sido efetivada por um presidente republicano e racista talvez conceda mais veracidade a esta afirmação. O desenrolar dos fatos sociais não deixava margem ampla de escolha aos governantes: ou ceder, integrando os negros, ou acatar a responsabilidade de ter permitido a ocorrência, em seu governo, de uma segunda guerra civil. O ônus político seria um fardo grande demais e as consequências de assumir tal responsabilidade não seriam de agrado de nenhum governante, ainda mais Nixon, cuja eleição havia sido ganha por uma margem inferior a um por cento.

Apesar de as consequências das medidas afirmativas se aproximarem do objetivo de concretização da igualdade, na medida em que procuravam garantir espaços para os negros em áreas dantes proibidas, o que de fato ensejou a adoção dessa política foi a profunda ruptura na tranquilidade social, a partir de uma sucessão de eventos que, praticamente, não deram escolhas para os governantes. Assim, cotas raciais foram criadas nos EUA e implementadas nas décadas de 70 e 80 como espécies do gênero ações afirmativas, principalmente nos contratos de trabalho celebrados com o Poder Público. No entanto, é importante destacar que mesmo nos EUA as cotas raciais jamais foram consideradas constitucionais na esfera da educação, muito embora a raça pudesse ser considerada um critério apto para admissão, até **2023**, quando, no caso *Students for Fair Admissions v. President and Fellows of Harvard College*, foi declarada inconstitucional considerar a raça como critério para admissão dos alunos. Essa foi a linha de entendimento firmada quando do julgamento do famoso caso *Regents of the University of*

²⁴¹SKRENTNY, John David.Op. cit. p. 5.

²⁴² Plano Philadelphia (1971).

²⁴³Revista Época, Edição n °580, 29/06/2009, p. 38.

Califórnia vs. Bakke – 438 U.S 265 (1978)²⁴⁴, reafirmada em **2003**, quando dos julgamentos envolvendo a Universidade de Michigan, (*Grutter vs. Bollinger et al e Gratz vs. Bollinger et al*) e em **2007**, no caso *Parents vs. Seattle School District*. Mesmo nos EUA, cotas raciais foram consideradas inconstitucionais, no âmbito da educação!

Em 2009, outra importante decisão da Suprema Corte norte-americana evidenciou e reforçou a inconstitucionalidade das ações afirmativas baseadas na raça. Ao julgar o caso *Ricci vs. DeStefano*, concluiu-se que a cidade de *New Haven* havia praticado discriminação reversa com os bombeiros brancos, ao não os promover aos cargos de tenente e de capitão. Confira-se:

Em 2003, a cidade havia organizado provas orais e escritas como forma de selecionar os melhores bombeiros para a promoção. Aqueles que acertassem mais de 70% das provas seriam classificados, dentro de um número específico de vagas. Acontece que dentre tais vagas somente foram classificados candidatos brancos. A cidade, então, resolveu não promover ninguém, para que posteriormente não fosse acusada de discriminação racial. A Suprema Corte reviu esta decisão, argumentando, em suma, que ao proceder desta maneira, o município havia praticado discriminação reversa contra os homens brancos.

Como visto, a despeito das profundas diferenças que marcam as relações raciais estabelecidas no Brasil e nos EUA, aqui, os grupos favoráveis às cotas, no que se inclui o STF, praticamente se limitam a observar o modelo norte-americano e a concluir pela necessidade de importação do modelo. Assim, para chegar à ilação de que viveríamos problema semelhante, os defensores das cotas raciais se utilizam especialmente dos indicadores sociais, que demonstram a precária situação econômica em que se encontram os negros no Brasil.

A equação formada pela leitura precipitada e superficial do modelo norte-americano, conjugada com os índices sociais desfavoráveis para os negros no Brasil, parece ter sido suficiente para que a implementação de ações afirmativas para negros se tornasse, momentaneamente, o debate do dia.

²⁴⁴ Em 2003, nos casos a envolver a Universidade de Michigan, a Corte consolidou a linha de pensamento iniciada em *Bakke*, segundo a qual a raça, eventualmente, até poderia ser um dos critérios levados em consideração na política de admissão em Universidades, mas deveria vir conjugada a outros fatores e, ainda, ser desvinculada de qualquer tentativa de associar-se a cotas rígidas. A tentativa de garantir-se antecipadamente vagas para os negros ou, então, de estabelecer-se uma pontuação inicial muito vantajosa para aqueles que representassem determinada minoria não seria considerada constitucional, segundo o Tribunal Maior estadunidense. Esta posição foi revista quando do julgamento do caso *Seattle*, ocasião em que a Corte se pronunciou pela **inconstitucionalidade de preferências raciais em matéria de educação**.

3.11 OS INDICADORES SOCIAIS ENVOLVENDO A RAÇA.

Assertivas categóricas de que o Brasil se constitui em um País racista estrutural, tomando por base apenas os dados estatísticos, que revelam a precária situação vivenciada pelos negros (aqui considerados a junção das categorias preta e parda), em comparação com os brancos, precisam ser analisadas com cautela. Isto porque os números muitas vezes são interpretados como se fossem provas irrefutáveis de racismo, o que, neste País, nem sempre corresponde à verdade. Manifestações de preconceito, de racismo e de discriminação existem e são inegáveis. Mas daí a concluir que o Brasil é um país racista estrutural²⁴⁵ é pretender analisar uma realidade nem sempre existente.

O problema é que as estatísticas normalmente veiculadas levam em consideração o total de brancos, independentemente de renda, e o total de negros, também independentemente de renda. Acontece que, desta forma, o grupo comparado passa a ser muito diverso entre si. É preciso então verificar se esse discurso de verdade que apela para o racismo no Brasil e para o fosso existente entre brancos e negros está correto, ou se, do contrário, verdadeiramente revela um abismo entre ricos e pobres.

Tomando os dados brutos da PNAD 2004²⁴⁶ e fazendo tabulações relativas a brancos, pretos e pardos, residentes em áreas urbanas, com um filho e rendimento familiar total de até dois salários (pobres, portanto), o resultado é esclarecedor. Os grupos aqui reunidos são grupos comparáveis, porque, ao menos em tese, têm as mesmas condições de vida, as mesmas possibilidades, as mesmas dificuldades. Compara-se assim pobres com pobres e não qualidades de pobres diferentes. Poder-se-ia ter escolhido brancos, pretos e pardos da área rural, com dois filhos e renda de dois salários mínimos, ou brancos, pretos e pardos com quaisquer outras características, não importa, desde que pobres: o importante é que os grupos fossem comparáveis. Se um grupo tiver melhores indicadores sociais do que o outro, a razão pode ser de fato o racismo. Feita a comparação entre os três grupos escolhidos, o resultado foi o esperado: brancos, negros e pardos pobres têm as mesmas dificuldades, o mesmo perfil. Onde está, então, o País racista?

A pesquisa mostra que a semelhança entre os três grupos é constante e que as diferenças numéricas são estatisticamente desprezíveis. Com efeito, neste grupo, 73% dos brancos, 72% dos pretos e 69% dos pardos sabem ler e escrever. A média de anos de estudo,

²⁴⁵ ALMEIDA, Sílvio Luis. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019, p. 24 e ss.

²⁴⁶ Ver mais em KAMEL, Ali. **Não somos racistas. Uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

para os brancos, pretos e pardos é de 5 anos; 36% dos brancos, 35% dos pretos e 36% dos pardos têm entre quatro e sete anos de estudo; 12% dos brancos, 11% dos pretos e 10% dos pardos estudaram entre 11 a 14 anos. Praticamente nenhum branco, preto ou pardo estudou mais de 15. O ensino fundamental foi o curso mais elevado que 54% dos brancos, 57% dos pretos e 61% dos pardos frequentaram. Já para 24% dos brancos, 22% dos pretos e 21% dos pardos, o curso mais elevado que já frequentaram foi o ensino médio. O número de brancos, pretos e pardos que concluíram o ensino superior é desprezível, embora a vantagem seja dos brancos. A paridade entre os três grupos pode ser vista na tabela abaixo:

Indicadores sobre educação de pessoas residentes em área urbana, com 1 filho e renda total de até 2 salários mínimos.	Cor das pessoas		
	Brancos	Pretos	Pardos
Proporção de pessoas que sabem ler e escrever	73%	72%	69%
Número médio de anos de estudo	5	5	5
Proporção de pessoas com 4 a 7 anos de estudo	36%	35%	36%
Proporção de pessoas com 11 a 14 anos de estudo	12%	11%	10%
Proporção de pessoas que tem o ensino fundamental como curso mais elevado	54%	57%	61%
Proporção de pessoas que tem o ensino médio como curso mais elevado	24%	22%	21%

Fonte: IBGE, PNAD. Microdados, CD-ROM.

Em suma: para os pobres, a vida é verdadeiramente difícil, independentemente de serem brancos, pretos ou pardos: 45% dos brancos, 45% dos pretos e 47% dos pardos começaram a trabalhar entre os 10 e os 14 anos de idade; 25% dos brancos, 25% dos pretos e 23% dos pardos começaram a trabalhar um pouco mais tarde, entre os 15 e os 17 anos de idade. A maior parte dos brancos, pretos e pardos ou não tem carteira assinada ou trabalham por conta

própria: 36% dos brancos, 39% dos pretos e 40% dos pardos não têm carteira assinada; e 24% dos brancos, 23% dos pretos e 27% dos pardos trabalham por conta própria.

Indicadores sobre ocupação de pessoas residentes em área urbana, com um filho e renda total de até 2 salários mínimos	Cor das pessoas		
	Brancos	Pretos	Pardos
Proporção de pessoas que começam a trabalhar entre 10 e 14 anos de idade	45%	45%	47%
Proporção de pessoas que começam a trabalhar entre 15 e 17 anos de idade	25%	25%	23%
Proporção de pessoas ocupadas sem carteira de trabalho assinada	36%	39%	40%
Proporção de pessoas ocupadas por conta-própria	24%	22%	26%

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Microdados, CD-ROM.

Há muitos outros dados, mas estes são os essenciais. Finalmente: não é a cor da pele o que impede as pessoas de chegar às universidades, mas a péssima qualidade das escolas que os pobres brasileiros, sejam brancos, pretos ou pardos, conseguem frequentar. Se o impedimento não é a cor da pele, cotas raciais não fazem sentido.

Onde quer que tenham sido adotadas, as cotas não beneficiaram os mais necessitados, mas apenas os mais afortunados entre os necessitados. Elas agravaram os conflitos onde eles existiam, em vez de atenuá-los, e fizeram surgir disputas entre os potencialmente favorecidos e os não-favorecidos, grupos que antes poderiam conviver harmoniosamente²⁴⁷.

²⁴⁷ Estudo primoroso nesse sentido foi realizado por Thomas Sowell, em seu *Ações Afirmativas ao redor do mundo*. SOWELL, Thomas. **Affirmative action around the world: an empirical study**. New Haven/Londres: Yale University Press, 2004.

3.12.OS SISTEMAS DE CLASSIFICAÇÃO RACIAL.

3.12.1.Sistema birracial norte-americano

Nos Estados Unidos, para que o sistema segregacionista do *Jim Crow* se efetivasse e os norte-americanos pudessem dividir entre brancos e negros o exercício de direitos foi necessário aplicar um sistema de classificação entre as raças bastante excludente. Não bastava tentar classificar as pessoas segundo a cor que aparentavam, era preciso adotar um critério por meio do qual se alijasse a maior quantidade de pessoas possível.

Para poder delimitar ao máximo aqueles que pudessem ser considerados brancos, a sociedade segregacionista norte-americana criou um critério de classificação racial segundo a ancestralidade do indivíduo. Assim, no sistema birracial norte-americano apenas duas raças existem: a branca e a negra. Não há a categoria de mulatos, ou dos morenos. Dessa forma, são consideradas negras as pessoas que possuam quaisquer ascendentes africanos, mesmo que estes sejam antepassados longínquos. Tal critério tornou-se conhecido como a regra da uma gota de sangue, ou *one drop rule*²⁴⁸.

A classificação até hoje empreendida nos Estados Unidos tem importância porque mostra como a sociedade norte-americana faz uma profunda distinção entre os negros e os brancos. Enquanto o critério da aparência realiza-se subjetivamente, o critério da ancestralidade procura aspectos mais objetivos para determinar quem é negro e quem é branco. Relembre-se que alguns dos presidentes da maior organização militante negra daquele país, a Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor — *National Association for the Advancement of Colored People* – NAACP, também eram loiros dos olhos azuis, a despeito de serem considerados negros na origem, como Walter White.

Implementou-se nos Estados Unidos uma sociedade birracial, racista, ou seja, uma comunidade na qual somente havia a possibilidade de a pessoa ser enquadrada como branca ou como negra. Não havia a categoria dos morenos, dos mulatos, ou dos pardos²⁴⁹, como

²⁴⁸ Destaque-se, por oportuno, que o índice da população negra total nos Estados Unidos nunca conseguiu atingir os 20%, nem mesmo na época áurea da escravidão. O percentual de negros na população esteve em torno dos 10%, nos últimos cem anos e, mesmo com a adoção da regra do *one drop rule*, os negros atualmente nos Estados Unidos compõem apenas 13% da população. Ver em DEGLER, Carl. **Neither Black nor White. Slavery and Race Relations in Brazil and the United States**. Reprint. Madison, Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 1986, p. 4; ANDREWS, George Reid. Ação Afirmativa: um Modelo para o Brasil? In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo e Racismo. Uma comparação Brasil–Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 142.

²⁴⁹ O antropólogo Roberto DaMatta, sobre a categorização racial nos Estados Unidos, assim se expressa: “O fato de existir uma legislação rígida, racista e dualística nos Estados Unidos revela esse dualismo claro que indica sem maiores embaraços quem está dentro ou fora; quem tem direitos e quem não tem; quem é branco ou quem é preto! Há uma radical exclusão de todas as categorias intermediárias. É que, numa sociedade igualitária e protestante, como

no Brasil. Decerto, por meio desse sistema, tornou-se mais simples identificar os indivíduos que deveriam ser segregados, bem como, posteriormente, foi menos complicado instituir programas afirmativos em que a raça fosse o único critério levado em consideração – o conceito de divisão racial era bem estabelecido dentro do grupo. Apenas uma gota de sangue negro, enegrecia a pessoa, ainda que, aparentemente, o indivíduo fosse branco.

Assim, é preciso destacar que a criação deste sistema birracial trouxe consequências até hoje sentidas na sociedade norte-americana: negros e brancos não compartilham dos mesmos valores, nem da mesma identidade como povo. Existem lugares praticamente destinados para negros, como o Harlem, em Nova Iorque, além de ritmos específicos, como o *blues* e Igrejas reservadas, como as Batistas. Diante da regra da uma gota de sangue, a implementação de cotas raciais nos EUA certamente não recairia no dilema, tipicamente brasileiro, de conseguir identificar aqueles que seriam os beneficiados do sistema.

3.12.2 Sistema multirracial brasileiro

No Brasil, até a instituição das cotas raciais pelas Universidades (iniciou na UERJ, depois na UnB, após o julgamento da ADPF 186 se espalhou pelo Brasil), nunca houvera qualquer tentativa de limitar o acesso das pessoas a determinadas atividades por causa da raça, ou de classificar a raça das pessoas a partir de critérios objetivos preestabelecidos. A base de divisão racial somente foi usada, aqui, para fins de pesquisas estatísticas, para sabermos quais são as cores que compõem a população. Mesmo assim, é de se destacar que nem todos os Censos brasileiros indagaram sobre a raça, mas naqueles em que tal fator foi considerado, sempre se adotou o sistema de autoclassificação, ora mediante a apresentação das raças delimitadas pelo instituto de pesquisa, ora a atribuição da cor fora deixada ao livre-arbítrio do entrevistado. Daí a dificuldade de apenas implementarmos o modelo pensado em outros países no que concerne às cotas raciais.

No Brasil, a definição das categorias raciais nunca se utilizou do critério da ancestralidade, mas, principalmente, de uma conjunção de fatores, como aparência física e *status* social. Além disso, o fato de em vários Censos realizados no País a cor não estar presente demonstra o relativo repúdio que sempre houve às categorizações raciais no Brasil. Os governantes acreditavam que, agindo dessa maneira, não iriam despertar a consciência para a

são os Estados Unidos, o intermediário representa tudo o que deve ser excluído da realidade social”. DaMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2001, p. 43.

raça.

Com efeito, nas coletas censitárias realizadas entre 1890 a 1940, o critério racial não esteve nas pesquisas. E, quando a raça voltou aos levantamentos, o resultado foi de uma extraordinária miscelânea racial. Na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios — PNAD, realizada em 1976, deixou-se livre ao pesquisado realizar autotclassificação. À pergunta: Qual é a cor do(a) senhor (a)? caberia ao entrevistador apenas anotar a resposta, ainda que esta lhe parecesse estranha. Por consequência, identificaram-se espantosas 135 cores no País²⁵⁰:

Acastanhada, agalegada, alva, alva-escura, alvarenta, alvarinta, alva-rosada, alvinha, amarela, amarelada, amarela-queimada, amarelosa, amorenada, avermelhada, azul, azul-marinho, baiano, bem-branca, bem-clara, bem-morena, branca, branca-avermelhada, branca-melada, branca-morena, branca-pálida, branca-queimada, branca-sardenta, branca-suja, branquiça, branquinha, bronze, bronzeada, bugrezinha-escura, burro-quando-foge, cablocla, cabo-verde, café, café-com-leite, canela, canelada, cardão, castanha, castanha-clara, castanha-escura, chocolate, clara, clarinha, cobre, corada, cor-de-café, cor-de-canela, cor-de-cuia, cor-de-leite, cor-de-ouro, cor-de-rosa, cor-firma, crioula, encerada, enxofrada, esbranquecimento, escura, escurinha, fogoio, galega, galegada, jambo, laranja, lilás, loira, loira-clara, loura, lourinha, malaia, marinheira, marrom, meio-amarela, meio-branca, meio-morena, meio-preta, melada, mestiça, miscigenação, mista, morena, morena-bem-chegada, morena-bronzeada, morena-canelada, morena-castanha, morena-clara, morena-cor-de-canela, morena-jambo, morenada, morena-escura, morena-fechada, morenã, morena-parda, morena-roxa, morena-ruiva, morena-trigueira, moreninha, mulata, mulatinha, negra, negota, pálida, paraíba, parda, parda-clara, polaca, pouco-clara, pouco-morena, preta, pretinha, puxa-para-branca, quase-negra, queimada, queimada-de-praia, queimada-de-sol, regular, retinta, rosa, rosada, rosa-queimada, roxa, ruiva, russo, sapecada, sarará, saraúba, tostada, trigo, trigueira, turva, verde, vermelha.

Ao explicar o surgimento no Brasil da *Fábula das Três Raças*, o antropólogo Roberto DaMatta tece importantes considerações sobre as diferenças culturais existentes na sociedade norte-americana e na brasileira. Afirma²⁵¹:

²⁵⁰ Antes mesmo do PNAD de 1976, Marvin Harris já havia realizado uma amostragem parecida, quando desenvolveu uma parte dos estudos patrocinados pela UNESCO no Brasil. Foram mostrados nove retratos a cem pessoas. O resultado foi a impressionante marca de 40 tipos raciais distintos, para classificá-las. A saber: “branco, preto, sarará, moreno claro, moreno escuro, mulato, moreno, mulato claro, mulato escuro, negro, caboclo, escuro, cabo verde, claro, araquaba roxo, amarelo, sarará escuro, cor de canela, preto claro, roxo claro, cor de cinza, vermelho, caboclo escuro, pardo, branco sarará, mambebe, branco caboclado, moreno escuro, mulato sarará, gazula, cor de cinza claro, crioulo, louro, moreno claro caboclado, mulato bem claro, branco mulato, roxo de cabelo bom, preto escuro, pelé”. HARRIS, Marvin. **Patterns of Race in the Americas**. Reprint. New York: The Norton Library, 1974, p.58.

²⁵¹ DAMATTA, Roberto. **Conta de Mentiroso: sete ensaios de antropologia brasileira**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993, p. 130 e 131.

“Nos Estados Unidos, a identidade social não se constituiu a partir de uma ‘fábula das três raças’, que as apresenta como simbolicamente complementares. Muito pelo contrário, a experiência americana se traduz numa ideologia na qual a identidade é englobada exclusivamente pelo ‘branco’. Assim, para ser ‘americano’, é preciso se deixar englobar pelos valores e instituições do mundo ‘anglo’, que detém a hegemonia e opera segundo uma *lógica bipolar*, fundada na exclusão. Já no Brasil, a experiência com a hierarquia, a aristocracia, a escravidão e com as diversas tribos indígenas que ocupavam o território colonizado pelo português engendrou um modo de percepção radicalmente diverso. **Tal percepção se faz por meio de um credo no qual se postula um ‘encontro’ de três raças que ocupariam posições diferenciadas, mas seriam equivalentes dentro de um verdadeiro triângulo ideológico. A fábula divide a totalidade brasileira em três unidades complementares e indispensáveis que admitem um jogo complexo entre si. No Brasil, ‘índio’, ‘branco’ e ‘negro’ se relacionam por uma lógica de inclusividade, articulando-se em planos de oposição hierárquica ou complementar. Com isso, o Brasil pode ser lido como ‘branco’, ‘negro’ ou ‘índio’, segundo se queira acentuar (ou negar) diferentes aspectos da cultura e da sociedade brasileira. Qualquer ‘brasileiro’ pode então dizer que, nos planos da alegria, do ritmo e da opressão política e social, o Brasil é negro; mas que é ‘índio’ quando se trata de acentuar a tenacidade e uma sintonia profunda com a natureza. Por outro lado, esses elementos se articulam através de uma língua nacional e de instituições sociais que são a contribuição do ‘branco-português’, que, nessa concepção ideológica, atua como elemento catalisador desses elementos, numa ‘mistura’ coerente e ideologicamente harmoniosa.** Afinal, não se pode esquecer que o ‘mestiço’ (como entidade cultural e politicamente valorizada) é um elemento fundamental da ideologia nacional brasileira, em contraste com o que acontece nos Estados Unidos, sociedade na qual até hoje a mistura e a ambigüidade são representadas como negativas”.

Assim, a intensa miscigenação brasileira inviabiliza a pretensão de criar programas afirmativos baseados na raça, porque não haveria como determinar quem, efetivamente, é negro no Brasil. Retroceder à utilização de critérios objetivos para determinar a ancestralidade genômica, por outro lado, implica custos sociais seríssimos, com a exclusão dos pardos, que não podem ser ignorados e que certamente não compensarão eventuais ganhos que a política poderá trazer.

Devemos observar o Brasil como exemplo para o mundo do século XXI. O convívio harmônico entre brasileiros natos e imigrantes das mais diferentes culturas, religiões e povos é um ativo absolutamente estratégico nesse século de tantos conflitos de culturas e religiões. As tentativas de racialização colocam em risco justamente o que temos de diferente e de melhor do que nos outros países.

3.13 A ANÁLISE DO PROGRAMA AFIRMATIVO DA UNB SOB A ÓPTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Cumpra, ainda, analisar as cotas raciais sob a ótica da ofensa ao princípio da proporcionalidade (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal). Sabe-se que a proporcionalidade funciona como princípio constitucional interpretativo, por oferecer subsídios para a melhor hermenêutica da Constituição, principalmente quando se estiver diante de delimitações ou de restrições aos direitos constitucionalmente previstos.

Assim, a análise da constitucionalidade dos atos administrativos e normativos secundários, por meio dos quais se implementaram as cotas raciais e se instituem as comissões raciais, precisa ser realizada em confronto com o princípio da proporcionalidade, a partir da análise dos seus subprincípios. O primeiro deles seria o da conformidade ou da adequação dos meios (*Geeingnetheit*), por meio do qual se examina se o critério racial adotado pela Universidade para execução de ação afirmativa seria o mais apropriado para concretizar o objetivo visado – a construção de uma sociedade mais justa, tolerante e igualitária. Professores de Antropologia e de Sociologia passaram a questionar os critérios (ou a ausência de) utilizados pelas Comissões Raciais. Na ocasião, os professores doutores Ricardo Ventura Santos e Marcos Chor Maio realizaram primoroso estudo dos acontecimentos, baseado especialmente nos depoimentos dos alunos envolvidos. Eis trechos do artigo desenvolvido, a narrar episódios envolvendo a Comissão Racial da UnB²⁵²:

Por ocasião das inscrições, vários aspectos, de notável simbologia, por enfatizarem uma bem marcada separação entre “negros” e os demais, vieram à tona. A vestibulanda Vanderlúcia Fonseca comentou: “As cotas já são um bom começo. Só acho constrangedor ter que ser fotografada para provar a minha cor. Já tenho isso registrado em meus documentos” (Nunes, 2004). Já Ana Maria Negrêdo frisou diretamente as diferenças de procedimentos: “Acho que os brancos também deveriam tirar foto. Tinha que ser igual para todo mundo. Por que só a gente tem de meter a cara na câmera?” (Anônimo, 2004a). Coube ao fotógrafo incentivar: “Temos que ter jogo de cintura para não deixar a pessoa sem graça, e explicar que é um benefício para ela”. O estabelecimento de filas separadas para as inscrições dos “negros” chamou a atenção. De modo defensivo, declarou o coordenador das inscrições, Neivion Lopes, quanto aos guichês apartados segundo raça: “É separado porque precisamos de espaço reservado para fazer as fotos”. Uma senhora teria resmungado baixinho: “Isso é constrangedor” (Meira, 2004a).

²⁵² MAIO, Marcos Chor & SANTOS, Ricardo Ventura. Políticas de cotas raciais, os olhos da sociedade e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). In: **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 23, p. 181-214, 2005.

Os responsáveis pelo vestibular da UnB por diversas ocasiões reiteraram que a meta da comissão era o de analisar as características físicas, visando identificar traços da raça negra. Este objetivo gerou constrangimentos diversos e dilemas identitários de não pouca monta entre os candidatos ao vestibular, devido às dúvidas de se os critérios seriam mesmo o de aparência física (negra) ou de (afro)descendência. A candidata Ana Paula Leão Paim, a princípio na dúvida sobre se se declararia “negra”, foi convencida pelo argumento da mãe, que lhe disse que sua “tataravó era escrava”. Contudo, ainda assim, Ana Paula estava preocupada pois, segundo ela, “pela fotografia não dá para analisar a descendência”. Outra candidata, Elizabete Braga, que “não se intimidou com a fotografia”, comentou: “Minha irmã não seria considerada negra, por exemplo. Ela é filha de outro pai, tem a pele mais clara e o cabelo mais liso” (Borges, 2004). Ricardo Zanchet, um candidato que se declarou “negro”, ainda que “com a pele clara, cabelo liso e castanho... nem de longe lembra[ndo] um negro”, e cuja classificação não foi aceita pela comissão, afirmou: “Vou levar a certidão de nascimento de meu avô e mostrar a eles... Se meu avô e minha bisavó eram negros, eu sou fruto de miscigenação e tenho direito” (Paraguassú, 2004).

A comissão teve 20 dias para dar o veredicto final sobre os candidatos aptos a concorrerem ao vestibular das cotas. Foi composta, segundo Rabelo, por seis pessoas: “uma estudante, um sociólogo e um antropólogo da UnB, além de três representantes de entidades sociais ligadas ao movimento negro”, cujos nomes foram mantidos em sigilo (Meira, 2004b).

Se a primeira etapa do trabalho de identificação racial da UnB foi conduzido pela equipe da “anatomia racial”, a segunda foi conduzida por um comitê de “psicologia racial”. Trinta e quatro dos 212 candidatos com inscrições negadas na primeira etapa entraram com recurso junto à UnB. Uma nova comissão foi formada “por professores da UnB e membros de ONGs”, que exigiu dos candidatos um documento oficial para comprovar a cor. Foram ainda submetidos à entrevista (gravada, transcrita e registrada em ata) na qual, entre outros tópicos, foram questionados acerca de seus valores e percepções: “Você tem ou já teve alguma ligação com o movimento negro? Já se sentiu discriminado por causa da sua cor? Antes de se inscrever no vestibular, já tinha pensado em você como um negro?” (Cruz, 2004). O candidato Alex Fabiany José Muniz, de 23 anos, um dos beneficiários da nova rodada da seleção das cotas, conseguiu um certificado comprovando que era pardo ao levar a certidão de nascimento e uma foto dos pais. Conforme seu depoimento, “a entrevista tem um cunho altamente político... perguntaram se eu havia participado de algum movimento negro ou se tinha namorado alguma vez com alguma mulata” (Darse Júnior, 2004). Dos 34 candidatos que se submeteram à segunda etapa do exercício de “pedagogia racial”, 21 deles, antes rejeitados, passaram a ser considerados “negros” pela UnB (Anônimo, 2004b).

A Comissão de Relações Étnicas e Raciais da Associação Brasileira de Antropologia (Crer – ABA) emitiu um posicionamento acerca dos procedimentos adotados pela UnB, repudiando-os. Confira-se:

“A pretensa objetividade dos mecanismos adotados pela UnB constitui, de fato, um constrangimento ao direito individual, notadamente ao da livre auto-identificação. Além disso, desconsidera o arcabouço conceitual das ciências sociais, e, em particular, da antropologia social e antropologia biológica. A Crer – ABA

entende que a adoção do sistema de cotas raciais nas Universidades públicas é uma medida de caráter político que não deve se submeter, tampouco submeter aqueles aos quais visa beneficiar, a critérios autoritários, sob pena de se abrir caminho para novas modalidades de exceção atentatórias à livre manifestação das pessoas. (...). A Crer-ABA externa a sua preocupação não somente com os fundamentos que norteiam o sistema classificatório dos candidatos, como também com as repercussões negativas que o sistema implementado na UnB poderá produzir”²⁵³.

É importante lembrarmos o caso dos gêmeos univitelinos (idênticos), Alex e Alan Teixeira da Cunha. No vestibular de 2007, eles não tiveram a mesma sorte ao se inscreverem no sistema de cotas da UnB. A referida Comissão Racial entendeu que um deles era negro e o outro, não. Este caso não foi o primeiro de erro grosseiro. Em 2004, o irmão da candidata Fernanda Souza Lopes de Oliveira foi reconhecido como negro, mas ela não, apesar de ambos serem filhos dos mesmos pais. A sentença contrária à Comissão Racial foi proferida pela 21ª Vara Federal, na Seção Judiciária de Brasília, no processo 2004.34.00.022174-8. Já em 2008, foi a vez de injustiçarem Joel Carvalho de Aguiar, de 35 anos, considerado branco pela Comissão. A filha, Luá Resende Aguiar, de 16 anos, foi considerada negra, apesar de Joel ter ser casado com uma branca. Um dia após o caso ser revelado pelo jornal *O Correio Braziliense*, a comissão organizadora do vestibular voltou atrás. Joel recebeu um telefonema e teve, então, o direito de concorrer como se negro fosse.

Percebe-se, ao longo da argumentação desenvolvida, clara ofensa ao subprincípio da adequação, no que concerne à utilização da raça como critério diferenciador de direitos entre os indivíduos, posto ser a pobreza a grande mazela a dificultar o acesso dos negros às universidades. Por outro lado, em relação à instituição do Tribunal Racial, melhor sorte não encontram as normas impugnadas, pois no Brasil as múltiplas categorias de cor, aliadas à falta de objetividade na definição de uma pessoa como preta ou parda, remete-nos à inadequação da medida estabelecida.

Dessarte, seguramente, pode-se afirmar que além da violação à proporcionalidade, subprincípio da adequação, tais práticas também revelam a institucionalização do racismo contra os negros (mesmo que os partidários do movimento negro sejam favoráveis às medidas) e também contra os brancos, além de ensejarem a discriminação e a ofensa à dignidade da pessoa humana (artigos 1º, inciso III, 3º, inciso VIII, e 5º, inciso XLII, todos da Constituição Federal). Ofende-se, ademais, o artigo 1º, item 2, da Convenção nº 169 OIT, que versa sobre a necessidade e a importância da “consciência da identidade” pelo próprio indivíduo.

²⁵³ Idem. Ibidem, p. 19.

Por outro lado, para atender ao segundo subprincípio da proporcionalidade, é necessário que o critério afirmativo adotado seja exigível ou o estritamente necessário (*Erforderlichkeit*). Assim, a medida implementada não deve extravasar os limites da consecução dos objetivos determinados, procurando sempre o meio menos gravoso para poder atingir a missão proposta. A partir dessa análise, o intérprete constitucional deve observar se, no caso, não existiriam outros meios menos lesivos que pudessem, da mesma forma, atingir os objetivos propostos, a um custo menor aos interesses dos demais indivíduos. Paulo Bonavides registra que esse cânon é também chamado de princípio da escolha do meio mais suave²⁵⁴.

Por consequência, cotas raciais seriam também inconstitucionais, porque excessivas. A imposição de um modelo assistencialista, que objetivasse integrar os pobres de todas as cores, seria menos lesivo aos direitos fundamentais e terminaria por atingir também a finalidade pretendida, sem gerar a racialização do País, já que 75% dos pobres são negros.

O último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), também chamado de regra da ponderação. Procura-se, a partir dele, perquirir se os resultados obtidos com a implementação da referida política afirmativa racialista, a partir da Comissão Racial, seriam proporcionais à carga de intervenção praticada nos direitos fundamentais envolvidos. Parte-se para um juízo de ponderação entre os valores que estão em jogo: de um lado, a necessidade de programas afirmativos para integrar o negro, e, de outro lado, a racialização do Brasil, a partir da violação à igualdade, à moralidade, à publicidade, ao mérito, à autonomia universitária, à vedação ao racismo, além da discriminação reversa e da possibilidade de inserir o ódio entre negros e brancos como elemento de destaque na outrora unidade nacional.

Em suma: em uma sociedade como a brasileira, em que a pobreza se confunde com a negritude, a criação de cotas raciais não terá a eficácia desejada para combater a raiz dos problemas. Pretender tão-somente copiar o modelo de ações afirmativas adotado em outros países é se furtar à análise efetiva da origem dos problemas raciais. No Brasil, a eficácia da assimilação de programas formulados por outros países seria, quando muito, relativa, e poderia originar medidas apenas simbólicas — no sentido de passar uma imagem do Estado preocupado com o “politicamente correto”. Acatar pacificamente propostas de ações afirmativas, criadas a partir de experiências totalmente distintas, para a resolução dos nossos problemas, poderia trazer consequências desastrosas, acirrando os conflitos raciais, ao invés de combatê-los.

²⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 361.

3.14 A NECESSIDADE DOS MITOS — A FUNÇÃO DO MITO DA DEMOCRACIA RACIAL E DO HOMEM CORDIAL NO BRASIL

A análise sobre os mitos que fundaram a criação do nosso País torna-se imperiosa para entender a formação da identidade nacional. A construção do homem plástico e emotivo de Freyre como representação da singularidade brasileira se tornou a matéria-prima para o conceito do “homem cordial”, como expressão mais acabada do brasileiro para Sérgio Buarque de Holanda. Nesse diapasão, o sociólogo Jessé de Souza explica:

“Sérgio Buarque opera duas transformações essenciais no paradigma inventado por Freyre que irão possibilitar que o culturalismo racista, agora na versão vira-lata de Buarque, se torne o porta-voz oficial do liberalismo conservador brasileiro. Versão vira-lata essa, por servir precisamente de legitimação perfeita para o tipo de interesse econômico e político da elite econômica que manda no mercado, se tornaria a interpretação dominante da sociedade brasileira para si mesma até hoje”²⁵⁵.

Nesse propósito, antes de discorrer propriamente sobre os desafios que o mito do homem cordial traz para efetivação da democracia brasileira, faz-se necessário inicialmente tratar sobre o mito da democracia racial. Jessé Souza explica:

“queremos chamar a atenção para o fato de que muito de nossa autoestima deve-se ao mito da democracia racial. Mitos não são falsos ou verdadeiros, do mesmo modo que teorias científicas. Mitos não pretendem descrever realidades. Na medida em que o mito serve, primariamente, para conferir um sentido a essa realidade, ele visa, antes de mais nada, à produção de solidariedade social e à viabilização de projetos coletivos”²⁵⁶.

O mencionado sociólogo, no entanto, muito embora valide a importância dos mitos para formação da identidade nacional, tece pesadas críticas em relação ao pensamento sobre o homem cordial, especialmente na obra *A elite do atraso*, na qual se propõe a: “desconstruir a legitimação ‘naturalizada’ ao longo de décadas”, por “tomar a experiência da escravidão e não a suposta e abstrata continuidade com Portugal e seu ‘patrimonialismo’, como a semente da sociedade desigual, perversa e excludente do Brasil”²⁵⁷. Vamos à análise sobre os motivos que legitimaram a criação desses mitos na formação da identidade brasileira, para depois examinarmos de que maneira podem interferir na efetivação da Democracia no País.

²⁵⁵ SOUZA, Jessé. *A elite do atraso. Da escravidão à Lava-jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017, p. 29 e 30.

²⁵⁶ SOUZA, Jessé. *Idem*, p. 30.

²⁵⁷ SOUZA, Jessé. *Idem*, p. 9.

O mito de origem brasileiro emanou de uma monografia do naturalista alemão Karl Friedrich von Martius, publicada em 1845 como vencedora de um concurso do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro destinado a apontar os caminhos para a narrativa da história nacional. O texto premiado sugeria que a história do Brasil fosse tecida em torno do eixo da formação do povo brasileiro, a partir da “mescla das raças”. A bela metáfora que escolheu foi a confluência de três rios, que simbolizariam as raças branca, negra e indígena.

Como seus contemporâneos, Martius acreditava na existência de raças humanas e numa inata superioridade da “raça europeia”. Contudo, remando no sentido oposto ao do “racismo científico”, não associava a miscigenação à degeneração e exalava confiança no futuro do Brasil, que derivaria do inédito experimento de “fusão racial”. O mito do encontro dos rios é a fonte de uma visão otimista sobre a sociedade brasileira, que se desenvolveria no pensamento antirracista de figuras como Haddock Lobo, Edgard Roquette-Pinto, Juliano Moreira, Manoel Bomfim, Alberto Torres e Gilberto Freyre.

A narrativa da mestiçagem impregnou a consciência popular e a cultura brasileira. O samba, a capoeira, o candomblé e a umbanda são “mestiços”, no sentido preciso de que resultaram da fusão criativa de elementos culturais de origens distintas. Conduzindo uma investigação sobre a perseguição judicial contra as religiões mediúnicas, a antropóloga Yvonne Maggie evidenciou que juízes e advogados envolvidos nos processos contra praticantes do candomblé compartilhavam a crença na magia, que afeta pessoas de todas as cores, classes sociais e denominações religiosas no Brasil.²⁵⁸ Solicitados a identificar sua cor/raça nos recenseamentos, os brasileiros tendem a romper o quadro tradicional das raças, preferindo termos identitários fluidos e oscilantes aos rótulos definitivos que formam a polaridade branco/negro.

O naturalista suíço-americano Louis Agassiz viajou pelo Brasil entre 1865 e 1866. Dos seus relatos de viagem, emana um ponto de vista contrário ao de Martius. Na miscigenação brasileira, ele enxergou a erosão das melhores qualidades das três “raças”: uma trajetória doentia de degradação e degeneração. Pouco mais tarde, o diplomata francês Arthur de Gobineau exerceria influência significativa na decisão do imperador D. Pedro II de iniciar o empreendimento imigratório europeu como uma ferramenta destinada a produzir o “branqueamento” da população, contrabalançando os efeitos deletérios da “fusão racial”. O conceito de degeneração racial é o ponto de partida de uma visão pessimista sobre a nação

²⁵⁸ MAGGIE, Yvonne. **O medo do feitiço: relações entre magia e poder no Brasil**. Rio de Janeiro, Arquivo Nacional, 1992.

brasileira, desenvolvida pelas ideias de personagens tão distintos quanto Nina Rodrigues, Paulo Prado, Sílvio Romero e Oliveira Viana.

O projeto imperial de “branqueamento” fracassou. Os censos revelam que não ocorreu “branqueamento” da população brasileira, mas algo que se poderia qualificar, para usar a linguagem censitária, como “*pardização*”. Em 1940, 63,4% dos brasileiros declararam-se “brancos”, enquanto 14,6% se declararam “pretos” e 21,2% se declararam “pardos”. Em 2000, contudo, as parcelas de “brancos” e “pretos” haviam caído para 53,7% e 6,2%, respectivamente, enquanto a de “pardos” crescera para 38,5%. Isso significa que, em apenas seis décadas, a participação dos “pardos” ampliou-se em quase 82%, às custas tanto da participação dos “brancos” quanto da dos “pretos”.

Difícilmente se pode esperar uma comprovação mais nítida da rejeição popular às identidades raciais. Mas as propostas de leis de preferências raciais têm a finalidade política de reverter essa rejeição. Inscritas na tradição da visão pessimista sobre a nação brasileira, elas configuram um empreendimento de revisão da identidade nacional. No fim, por meio da intervenção do Estado, o que se almeja é redefinir o Brasil como uma sociedade dividida em grupos raciais polares.

Ainda que se discorde tanto da existência da democracia racial, como do homem cordial no Brasil, não se pode negar a importância oriunda da fixação desses mitos em nossa sociedade. O presente não se explica sem o passado e apenas a explicação que reconstrói a gênese efetiva da realidade vivida pode, de fato, ter poder de convencimento. Como bem define o Dicionário Aurélio, o mito é uma “narrativa de significação simbólica, transmitida de geração em geração e considerada verdadeira ou autêntica dentro de um grupo, tendo a forma de um relato sobre a origem de determinado fenômeno ou instituição e pelo qual se formula uma explicação da ordem natural e social e de aspectos da condição humana”²⁵⁹. Assim, a importância dos mitos da democracia racial e do homem cordial no Brasil exsurge à medida que servem, quando menos, para fixar a expectativa de conduta a ser seguida pelo homem médio que compõe a sociedade. O mito, então, funcionaria como um desejo da sociedade de que se venha a concretizá-lo e não simplesmente como uma mentira, uma cilada ou uma trapaça. Nesse diapasão, Antônio Sérgio Guimarães reconhece a nova função do mito no pensamento científico nacional: “Na academia brasileira, o ‘mito’ passa agora a ser pensado como chave para o entendimento da formação nacional, enquanto as contradições entre discursos e práticas do

²⁵⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **NOVO AURÉLIO**. 2022.

preconceito racial passam a ser estudadas sob o rótulo mais adequado (ainda que altamente valorativo) de ‘racismo’²⁶⁰.

Para corroborar a força deste mito no imaginário nacional, destaca-se a pesquisa realizada no Distrito Federal por Jessé Souza para aferir quais eram os valores políticos e os preconceitos dos seus habitantes²⁶¹. O resultado destacou nítida diferença entre o pensamento da classe mais abastada e o da classe mais pobre, no sentido de ser maior entre os mais pobres o preconceito relativo às mulheres, aos nordestinos, aos pobres e aos homossexuais, diminuindo à proporção que aumentava o pertencimento de classe²⁶². Por sua vez, no que concerne ao preconceito de cor, tal foi o único cujo repúdio, de forma explícita e majoritária, distribuiu-se entre todas as classes, sem diferença substancial. A partir dessa experiência, concluiu o renomado professor:

“A democracia racial é, em alguma medida, um projeto acalentado por todos os extratos sociais. A sua distribuição entre as várias classes sociais, em um contexto de extrema divisão socialmente determinada com relação a outros preconceitos e valores sociais básicos, mostra, sobretudo, sua função de cimento ideológico da unidade comunitária. Poucos são os valores que logram essa posição, e sua força é enorme, visto que se referem à autoestima e à necessidade de identidade de todo um povo. Não aproveitar o potencial desses mitos responsáveis pela coesão social é pouco sábio. Negá-los como pura mentira é menos do que sábio, é perigoso. É escolher o isolamento do discurso do ressentido que se apoia na instável eficiência do aproveitamento político do complexo de culpa”²⁶³.

²⁶⁰ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Classes, Raças e Democracia**. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 165. Assim também parece entender Roberto DaMatta, que em debate realizado sobre as diferenças do sistema adotado no Brasil e nos Estados Unidos, expressou a necessidade de aprofundar a discussão no Brasil sobre a democracia racial, a fim de “ressaltar o fato de que a ideia de que temos uma ‘democracia racial’ é algo respeitável. Quanto mais não seja, porque, apesar do nosso tenebroso passado escravocrata, saímos do escravismo com um sistema de preconceito, é certo, mas sem as famosas ‘Leis Jim Crow’ americanas, que implementavam e, pior que isso, legitimavam o racismo, por meio da segregação no campo legal. Não se trata — convém enfatizar para evitar mal-entendidos — de utilizar a expressão no seu sentido mistificador, mas de resgatá-la como um patrimônio (...)”. DA MATTA, Roberto. Notas sobre o Racismo à Brasileira. In: SOUZA, Jessé. (Org.) **Multiculturalismo e Racismo. Uma comparação Brasil—Estados Unidos**. Op.cit, p. 74. Essa forma de pensar a realidade brasileira também ressoa Peter Fry, quando este, mesmo observando a existência de preconceito no País, afirma: “nem por isso precisamos descartar a ‘democracia racial’ como ideologia falsa. Como mito, no sentido em que os antropólogos empregam o termo, é um conjunto de ideias e valores poderosos que fazem com que o Brasil seja o ‘Brasil’, para aproveitar a expressão de Roberto DaMatta”. FRY, Peter. **O que a Cinderela Negra tem a dizer sobre a “Política Racial” no Brasil?** São Paulo: Revista da USP, n° 28, p. 122-135, dez/fev. 1995-1996, p. 134. No mesmo sentido, NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito de Marca: as Relações Raciais em Itapetinga**. Apresentação e edição de Maria Laura Viveiros de Castro Cavalcanti. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998, p. 26.

²⁶¹ SOUZA, Jessé. Multiculturalismo, racismo e democracia: por que comparar Brasil e Estados Unidos? In: SOUZA, Jessé. (Org.) **Multiculturalismo e Racismo. Uma comparação Brasil—Estados Unidos**. Op. cit, p. 32.

²⁶² Na mesma perspectiva, SOUZA, Jessé. Multiculturalismo, Racismo e Democracia. Por que comparar Brasil e Estados Unidos? In: SOUZA, Jessé. (Org.) **Multiculturalismo e Racismo. Uma comparação Brasil—Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, p. 23-35, 1997, p. 24: o “não-reconhecimento não é algo inofensivo e sem consequências, mas pode infligir mal, pode ser uma forma de opressão insidiosa aprisionando uma pessoa em uma concepção falsa, distorcida e reduzida de si. Assim, reconhecimento não é cortesia ou gentileza, mas uma necessidade vital. Uma imagem depreciativa de povos ou comunidades pode tornar-se uma das formas mais potentes e expressivas da opressão destas”.

²⁶³ SOUZA, Jessé. Idem, p. 34.

3.14.1 A IMPORTÂNCIA DE GILBERTO FREYRE E *CASA-GRANDE & SENZALA* — O CONTEXTO NO QUAL SE INSERE

A despeito de vários outros autores contemporâneos ou anteriores a Gilberto Freyre terem desenvolvido estudos sobre as relações raciais no Brasil, a magnitude do trabalho freyriano merece uma reflexão autônoma. Revolucionário, criativo, inovador, os adjetivos são insuficientes para resumir essa personalidade ímpar, que nadou contra a corrente ao tentar desenvolver a miscigenação como a nota essencial a distinguir o povo brasileiro. Gilberto Freyre e a geração de 30, como Sérgio Buarque de Holanda e Caio Prado Júnior, caracterizam a primeira fase de estudos sobre as relações raciais no País. Antes dessa etapa, o que se tinha sobre a questão racial era, na maior parte das vezes, baseada em falsas premissas, pseudocientíficas, sobre a inferioridade da raça negra²⁶⁴.

A importância de *Casa-Grande & Senzala* não pode ser observada exclusivamente a partir de seu conteúdo. É que além de ter se constituído em um livro revolucionário, tanto por causa do enfoque dado a temas muitas vezes já discutidos no Brasil, tanto pela adoção de uma linguagem comum, quase vulgar, o fato é que as maiores contribuições que a obra trouxe à cultura nacional foram a de libertar o futuro do País das previsões pessimistas até então realizadas e a de inserir o negro no papel de sujeito — em vez de mero objeto — na formação do povo brasileiro, junto ao índio e ao português²⁶⁵.

O ensaio resgata a autoestima do nosso povo, ao analisar a diversidade da formação social como motivo de orgulho e força. Em vez de reservar o destino do Brasil ao subdesenvolvimento, Gilberto Freyre inova, ao afirmar o caráter positivo da mistura. Libertanos das amarras que impediriam a expectativa de um Brasil melhor. Põe abaixo a condenação de que somos um País condenado à vã esperança de alcançarmos a tão-sonhada civilização.

²⁶⁴ Nesse sentido, afirma Antônio Sérgio: “Com a aparição de Casa-grande & Senzala, em 1933, iniciou-se uma grande mudança no modo como a ciência e o pensamento social e político brasileiros encaravam os povos africanos e seus descendentes, híbridos ou não. Gilberto Freyre, ao introduzir o conceito antropológico de cultura nos círculos eruditos nacionais e ao apreciar de modo profundamente positivo a contribuição dos povos africanos à civilização brasileira, foi um marco do deslocamento e do desprestígio que sofreram, daí em diante, o antigo discurso racista de Nina Rodrigues, e, sobretudo, a continuada influência que a escola de medicina legal italiana ainda exercia nos meios médicos e jurídicos nacionais”. GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Raça e os Estudos de Relações Raciais no Brasil. In: **Novos Estudos**. São Paulo: CEBRAP, n° 54, jul. 1999, p. 148.

²⁶⁵ A junção dos três elementos na formação do povo brasileiro foi estudada pelo antropólogo Roberto DaMatta sob o título *A Fábula das Três Raças*. Segundo o autor, a fábula é a mais poderosa força cultural do Brasil, permitindo pensar o País como um todo, integrando a sociedade e individualizando a cultura. DA MATTA, Roberto. **Relativizando. Uma Introdução à Antropologia Social**. Rio de Janeiro: Rocco, 1987, p. 58 a 85.

A obra de Freyre redime os brasileiros do complexo de terem nascido no País²⁶⁶. Garante-nos a oportunidade de esquecer as lamentações por sermos um povo miscigenado, ao tempo em que nos concede a esperança de observar a influência das raças na formação da sociedade como algo positivo e peculiar do Brasil. O escrito é uma ode à miscigenação e, pela primeira vez, alterna o papel comumente destinado ao negro na literatura de então, elevando-o à condição de protagonista, e não mero espectador dos acontecimentos.

Para se compreender o mérito deste majestoso estudo sobre os trópicos, é preciso observar o contexto que precedeu à publicação. Os livros anteriores à *Casa-Grande & Senzala* revelavam uma extrema melancolia, os autores enfadonhamente repetiam o desastre do destino brasileiro e creditavam os argumentos especialmente à miscigenação entre as três raças. Garantiam que o resultado da composição entre o *índio preguiçoso*, o *negro inferior* e o *português ignorante* não poderia ser diferente a não ser a criação de um povo mole, lento, subdesenvolvido, incapaz de superar as adversidades e construir uma nação vigorosa. Retratavam um Brasil miserável, destinado ao subdesenvolvimento e ao fracasso.

Para citar apenas alguns exemplos, podemos começar a situar o contexto anterior à *Casa-Grande* a partir da publicação de *A poesia popular no Brasil*, de Sylvio Romero²⁶⁷. Um dos fundadores da Escola do Recife e conterrâneo de Tobias Barreto, assim se expressou o sergipano:

²⁶⁶Até os notórios críticos de Gilberto Freyre, como Fernando Henrique Cardoso, cuja tese de doutorado critica duramente o *mito da democracia racial* e rural ocorrida no Rio Grande do Sul — ver em CARDOSO, Fernando Henrique. **Capitalismo e Escravidão no Brasil Meridional. O Negro na Sociedade Escravocrata do Rio Grande do Sul**. 5ª ed. revista. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 132 a 139 —, percebe a importância de Gilberto Freyre para a construção da identidade nacional. Assim se expressou Fernando Henrique Cardoso, na apresentação à 47ª edição de *Casa-Grande & Senzala*: “De alguma forma Gilberto Freyre nos faz fazer as pazes com o que somos. Valorizou o negro. Chamou atenção para a região. Reinterpretou a raça pela cultura e até pelo meio físico. Mostrou, com mais força do que todos, que a mestiçagem, o hibridismo e mesmo (mistificação à parte) a plasticidade cultural da convivência entre contrários não são apenas uma característica, mas uma vantagem do Brasil. E acaso não é essa a carta de entrada do Brasil em um mundo globalizado no qual, em vez da homogeneidade, do tudo igual, o que mais conta é a diferença, que não impede a integração nem se dissolve nela?” FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala. Formação da Família Brasileira sobre o Regime da Economia Patriarcal**. Apresentação de Fernando Henrique Cardoso. 47ª edição revista. São Paulo: Global, 2003, p. 28. Nesse sentido, também o pensamento de um dos mais respeitados estudiosos em matéria racial, Carlos Hasenbalg, o qual admite o mérito da obra *Casa-Grande & Senzala* para o estudo das relações entre as raças no Brasil: “No fim do século passado, todos os diagnósticos baseados no racismo científico diziam: ‘este país não pode ir adiante, não pode progredir, por causa da composição racial da sua população’. O que Freyre fez foi dizer: não, espera aí, a miscigenação é ótima, a miscigenação é o caldeamento das raças”. HASENBALG, Carlos A.; MUNANGA, Kabengele; SCHWARCZ, Lília Moritz. **Racismo: Perspectivas para um Estudo Contextualizado da Sociedade Brasileira**. Niterói, Rio de Janeiro: Editora da Universidade Federal Fluminense, 1998, p. 26.

²⁶⁷ ROMERO, Sylvio. *A Poesia Popular no Brasil*. In: **Revista Brasileira**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras. Tomo I, 1879, p. 99.

“É uma vergonha para a ciência do Brasil que nada tenhamos consagrado de nossos trabalhos ao estudo das línguas e das religiões africanas. Quando vemos homens, como Bleek, refugiar-se dezenas e dezenas de anos nos centros da África somente para estudar uma língua e coligir uns mitos, nós, que temos o material em casa, que temos a África em nossas cozinhas, como a América em nossas selvas e a Europa em nossos salões, nada havemos produzido neste sentido! É uma desgraça. Bem como os portugueses estanciaram dois séculos na Índia e nada ali descobriram de extraordinário para a ciência, deixando aos ingleses a glória da revelação do sânscrito e dos livros brahmínicos, tal nós vamos levemente deixando morrer os nossos negros da Costa como inúteis, e iremos deixar a outros o estudo de tantos dialetos africanos, que se falam em nossas senzalas! O negro não é só uma máquina econômica, ele é antes de tudo um objeto de ciência”.

Observa-se, com esse trecho, a incapacidade de os autores enxergarem o negro como um dos sujeitos da história brasileira, sendo-lhe sempre relegada posição secundária, acessória, como se de um objeto se tratasse. O texto revela, ainda, a vontade de, por critérios aparentemente científicos, procurar comprovar a inferioridade da raça negra. Assim, tínhamos J. B. de Sá Oliveira, que escreveu *Craniometria Comparada das Espécies Humanas na Bahia sob o ponto de vista Evolucionista e Médico-legal*, em 1895 e, ainda o médico legista Nina Rodrigues, que escreveu *Os Africanos no Brasil*, parte do estudo desenvolvido entre 1890 a 1905, intitulado *O Problema da Raça Negra na América Portuguesa*.

José Bonifácio, ainda no século XIX, em sua obra *Projetos para o Brasil*, observava os índios como um povo “naturalmente melancólico e apático, estado de que não sai senão por grande efervescência das paixões, ou pela embriaguez; a sua música é lúgubre, e sua dança mais ronceira e imóvel que a do negro”²⁶⁸. E Paulo Prado, em *Retratos do Brasil*, publicado originariamente em 1928, insurge-se contra a consciência de que o País forma um paraíso tropical e de alegria, afirmando ser uma das nações mais atrasadas do continente, empestada por vícios, com uma elite despreparada e ignorante. E assim aduz:

“A Colônia, ao iniciar-se o século de sua independência, era um corpo amorfo, de mera vida vegetativa, mantendo-se apenas pelos laços tênues da língua e do culto. População sem nome, exausta pela verminose, pelo impaludismo e pela sífilis, tocando dois ou três quilômetros quadrados a cada indivíduo, sem nenhum ou pouco apego ao solo nutridor; país pobre sem o auxílio humano, ou arruinado pela exploração apressada, tumultuária e incompetente de suas riquezas minerais; cultura agrícola e pastoril limitada e atrasada (...). Indigência intelectual e artística completa, em atraso secular, reflexo apagado da decadência da mãe-pátria; facilidade de decorar e loquacidade derramada, simulando cultura; vida social nula porque não

²⁶⁸ SILVA, José Bonifácio de Andrada e. **Projetos para o Brasil**. Organização Miriam Dolhnikoff. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 126. E, à folha 133, completa: “Os índios do Brasil (...) são preguiçosos, dorminhocos, pesados e voluptuosos”.

havia sociedade, com as mulheres reclusas como mouras ou turcas; vida monótona e submissa, sem os encantos que a poetizam...”²⁶⁹.

Nas páginas finais do livro, arremata:

“Dos agrupamentos humanos de mediana importância, o nosso país é talvez o mais atrasado. O Brasil, de fato, não progride: vive e cresce, como cresce uma criança doente, no lento desenvolvimento de um corpo mal organizado (...)”²⁷⁰. A cultura intelectual não existe, ou finge existir em semiletrados mais nocivos do que a peste. Não se publicam livros porque não há leitores, não há leitores porque não há livros. (...). Um vício nacional, porém, impera: o vício da imitação. Tudo é imitação, desde a estrutura política em que procuramos encerrar e comprimir as mais profundas tendências da nossa natureza social, até o falseamento das manifestações espontâneas do nosso gênio criador”²⁷¹.

E ainda há mais. Em 1932, Homero Pires publica os manuscritos do médico legista Nina Rodrigues, que havia falecido antes de finalizar o livro. Surge a obra *Os Africanos no Brasil*. Acompanhado de grande interesse nacional, o texto é considerado, até hoje, um dos grandes estudos sobre a influência da raça negra na formação do povo brasileiro.

Em sua pesquisa, Nina Rodrigues difunde a crença de que a maior desgraça brasileira havia sido a miscigenação das raças, o que debilitara o povo, tornando-o fraco. Considera que o negro é uma espécie inferior e com propensões genéticas à criminalidade, e que a participação deste como elemento étnico do Brasil garante-nos posição de extrema desvantagem em comparação a outros países. Cita o exemplo dos Estados Unidos, onde a despeito de também ter havido negros, a miscigenação não somente era desestimulada, como controlada por parte do Estado. E aduz: “Se conhecemos homens negros ou de cor de indubitável respeito, não há de obstar esse fato o reconhecimento desta verdade — que até hoje não puderam os Negros se constituir em povos civilizados”²⁷². Em outro momento, prossegue: “A raça negra no Brasil, por maiores que tenham sido os seus incontáveis serviços à nossa civilização, por mais justificadas que sejam as simpatias de que a cercou o revoltante abuso da escravidão, por maiores que se revelem os generosos exageros dos seus turiferários, há de constituir sempre um dos fatores da nossa inferioridade como povo”²⁷³. Completa: “O que

²⁶⁹ PRADO, Paulo. **Retrato do Brasil. Ensaio sobre a Tristeza Brasileira**. Organização Carlos Augusto Calil. 2ª reimpressão da 8ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 160 e 161.

²⁷⁰ PRADO, Paulo. Idem. p. 199.

²⁷¹ PRADO, Paulo. Idem. p. 203 e 204.

²⁷² RODRIGUES, Nina. **Os Africanos no Brasil**. Revisão e prefácio de Homero Pires. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1932, p. 13.

²⁷³ RODRIGUES, Nina. Idem. p. 17.

importa ao Brasil determinar é o quanto de inferioridade lhe advém da dificuldade de civilizar-se por parte da população negra (...)”²⁷⁴. Adverte que os negros cometem crimes porque não se constituem em uma raça civilizada, de tal modo que não se poderia esperar deles uma conduta de discernimento entre o certo e o errado. Acredita que os negros conservaram os instintos africanos, e daí advém sua ferocidade, impulsões sexuais e tendência à embriaguez. Ao final, arremata, citando o professor Morselli²⁷⁵:

“Nenhum antropologista poderá jamais admitir uma igualdade de capacidade evolutiva entre o branco e o negro. O mais humanitário dos antiescravistas jamais poderá cancelar as diferenças biológicas entre os homens. (...). O Negro principalmente é inferior ao Branco, a começar da massa encefálica que pesa menos e do aparelho mastigatório que possui caracteres animais, até às faculdades de abstração, que nele é tão pobre e tão fraca. Quaisquer que sejam as condições sociais em que se coloque o Negro, está ele condenado pela sua própria morfologia e psicologia a jamais poder se igualar ao Branco. Para que se pudesse verificar tal acontecimento histórico-antropológico, fora mister uma circunstância bem improvável, senão impossível: a perda, por parte do Branco, da sua capacidade de adaptação progressiva. Só uma parada da civilização europeia e Anglo-Americana daria tempo aos Negros para na sua lentíssima e não espontânea evolução, atingirmos e igualar-nos”.

A despeito do conteúdo preconceituoso e discriminatório do livro, o prestígio do médico maranhense pode ser sentido até hoje, na medida em que seu nome intitula hospital, museu, instituto médico legal, e até uma cidade no Maranhão, dentre outras instituições²⁷⁶.

Destaque-se para o fato de que a obra de Nina Rodrigues compunha a leitura de alguns líderes negros que organizavam a Frente Negra Brasileira, como se percebe nos depoimentos dos membros dessa organização: “Eu lia muito o Nina Rodrigues. Esse assunto de negro a gente conhecia por causa do Nina Rodrigues, do Oliveira Vianna, do Manuel Querino. Sempre existiu uma trilogia de intelectuais no Brasil: os que exaltam a posição do lusitano, o negro e o índio”²⁷⁷.

²⁷⁴ RODRIGUES, Nina. Idem. p. 391.

²⁷⁵ RODRIGUES, Nina. Idem. p. 396 e 397; ver também SILVA JR., Hédio. Do Racismo Legal ao Princípio da Ação Afirmativa: a Lei como Obstáculo e como Instrumento dos Direitos e Interesses do Povo Negro. In: HUNTLEY, Lynn; GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. (Orgs.) **Tirando a Máscara: Ensaio sobre o Racismo no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 364 e 365.

²⁷⁶ Arthur Ramos, reverenciado como um dos maiores antropólogos sobre os negros brasileiros, sentia uma admiração incontestável por Nina Rodrigues. Tal fato pode ser demonstrado a partir de diversos trechos dos livros escritos por Arthur, como, por exemplo: “No próprio Congresso Afro-brasileiro de Recife, não se homenageou, como era de esperar-se, o nome do grande mestre baiano. Desde 1926, na Bahia, venho reivindicando os trabalhos de Nina Rodrigues”. RAMOS, Arthur. Op. cit. **O Folclore Negro do Brasil. Demopsicologia e Psicanálise**, p. 6.

²⁷⁷ Depoimento de Francisco Lucrécio, que ingressou na FNB em 1931 e fez parte da Diretoria LUCRÉCIO, Francisco. Depoimento. In: BARBOSA, Márcio. (Org.). **Frente Negra Brasileira: Depoimentos**, 1998, p. 57.

A lista de autores com visões catastróficas sobre o futuro do Brasil, ainda que meramente exemplificativa, não acabou por aí. Oliveira Vianna, em *Raça e Assimilação*, publicado em 1932, acreditava ser a miscigenação com o povo africano um grande mal para o Brasil, porque enfraquecia o povo brasileiro. Assim previu: “Sob o ponto de vista biológico, o estrangeiro, mesmo naturalizado, é sempre um organismo em crise de adaptação (...). Ora, nem sempre o seu organismo tem a plasticidade adaptativa que se refletem nas variações dos índices de morbidade, de mortalidade, de longevidade de cada indivíduo, de cada raça, de cada etnia”²⁷⁸. E continua: “Estes, entretanto, nos chegam, civilizados ou semibárbaros (...), carregando usos estranhos, costumes, tradições, modalidades folclóricas de todo o gênero; em suma, formas novas de civilização, que, entrando em conflito entre si ou com a nossa, substituindo-se, superpondo-se ou interdifundindo-se, estão alterando profundamente as camadas tradicionais da nossa sedimentação cultural”²⁷⁹.

E é nesse contexto em que se reafirma a mediocridade do povo, a insipiência das instituições incipientes, a fraqueza das relações sociais que surge Gilberto Freyre, com uma ousadia de percepção que o torna um verdadeiro descobridor do Brasil, ao pregar que a miscigenação havia tornado o povo brasileiro sem segundo exemplo no mundo, e, em vez disto revelar fraqueza, demonstrava a força do nosso povo. Rompe com os velhos pensamentos e aclama a participação do negro e do índio no processo de formação do caráter nacional²⁸⁰.

Em *Casa-Grande & Senzala*, Gilberto revela a presença do negro em várias manifestações presentes em nossa cultura, como a música, a dança, o vocabulário e a culinária. Como bem demonstra Darcy Ribeiro, no texto *Gilberto Freyre — Uma introdução à Casa-Grande & Senzala*²⁸¹:

“Com efeito, o que mais provocou a sensação de surpresa aos primeiros leitores de *Casa-Grande & Senzala* foi o negrismo de Gilberto Freyre. Ele vinha dizer — ainda que em linguagem meio desbocada, mas com todos os ares de cientista viajado e armado de erudições múltiplas — que o negro — no plano cultural e de influência na formação social do Brasil — fora não só superior ao indígena (...) mas

²⁷⁸ OLIVEIRA VIANNA. *Raça e Assimilação. Os Problemas da Raça. Os Problemas da Assimilação*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1932, p. 130 e 131.

²⁷⁹ OLIVEIRA VIANNA. *Idem*. p. 167.

²⁸⁰ Nesse sentido, Aldo Rebelo bem resume a contribuição intelectual de Gilberto Freyre: “Gilberto Freyre não foi um navegador. Antes, foi cartógrafo. Os caminhos que traçou permite-nos ir aonde ele não alcançou, não quis, ou não desejou chegar. Identificou nossa árvore genealógica de povo, não apenas genética, mas cultural, comportamental, psicológica, desvendando os pontos incógnitos de nossa trajetória de forma a fazer-nos compreender o estágio atual de nossa existência”. REBELO, Aldo. *Um Homem que entendeu o Brasil*. In: REBELO, Aldo (et. al). *Gilberto Freyre e a Formação do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000, p. 17.

²⁸¹ FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*. Op.cit. p. 38.

até mesmo ao português, em vários aspectos da cultura material e moral, principalmente da técnica e da artística”.

Freyre também resgata a importância da cultura indígena na formação da identidade nacional, demonstrando a origem do nosso hábito de dormir em redes, de se pintar, de tomar banho diariamente, a valorização das ervas, da cor vermelha do urucum²⁸² e dos remédios caseiros.

As obras de Freyre, todavia, despertaram sentimentos de protestos em todas as camadas sociais. Recebeu o título de *pornógrafo do Recife* e a Igreja Católica repudiava constantemente as suas publicações, atentatórias à moral e aos bons costumes. Foi tachado de anticatólico, comunista, anarquista, agitador, antilusitano, africanista, dentre outras alcunhas²⁸³.

Esses foram os motivos que levaram muitos intelectuais a acusarem Gilberto Freyre de haver difundido no Brasil o *mito da democracia racial*, como se o pernambucano tivesse suposto que no País o preconceito racial não existisse e que as relações entre as raças fossem perfeitas e harmônicas.

O triunfo do pensamento antirracial expressou-se em mudanças relevantes de atitudes oficiais. A capoeira, reprimida desde o século XVIII e inscrita como crime no Código Penal republicano de 1890, ganhou um Código Desportivo em 1928, uma academia oficial quatro anos depois e foi oficializada como modalidade esportiva nacional em 1937. No quadro da ditadura do Estado Novo, os terreiros de candomblé e umbanda foram finalmente colocados a salvo de incursões policiais. Três décadas mais tarde, com o tropicalismo, as divindades do candomblé incorporaram-se à música popular e à mídia eletrônica nacional.

Ao longo desse processo, na era Vargas e sob o embalo de um nacionalismo que suspeitava da dissensão e da diferença, a mestiçagem passou a ser traduzida nos termos de uma ideologia oficial. Escolas de samba e desfiles de carnaval começaram a ser subvencionados com verbas públicas em 1935. Em 1939, criou-se o Dia da Raça, no 30 de maio, uma data cívica destinada à celebração da harmonia social brasileira. O abraço estatal das manifestações culturais populares soterrava o debate sobre o racismo persistente e, também, sobre a exclusão social que flagelava os brasileiros pobres, de todos os tons de pele.

²⁸² Urucum vem do tupi — *uru ku* — que significa "vermelho". É com o urucum que os índios se pintam para suas festas e rituais.

²⁸³ SILVA, Sílvia Cortez. Gilberto Freyre, “O Pornógrafo de Recife” In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. (Org.). **Minorias Silenciadas. História da Censura no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 206.

O primeiro ensaio de Freyre em que aparece uma referência literal à “democracia racial” foi publicado num anuário britânico de 1949. Contudo, ali ele não afirmava a existência de uma “democracia racial”, mas apenas a apontava como um ideal político e social. Muito mais tarde, numa entrevista concedida em 1980, o sociólogo estendeu-se sobre o tema, caracterizando o Brasil como o país “onde há uma maior aproximação à democracia racial”, para em seguida enfatizar a prevalência da pobreza entre os negros e relacioná-la à forma pela qual “o Brasil fez o seu festivo e retórico 13 de maio”. A conclusão: “*Não há pura democracia no Brasil, nem racial nem social, nem política (...)*”²⁸⁴.

Mais que uma polêmica intelectual, o debate sobre a configuração do “racismo à brasileira” conecta-se diretamente à discussão sobre o sentido e as implicações dos programas de preferências raciais. Pouco antes de partir para o exílio nos EUA, Abdias do Nascimento esclareceu o sentido de sua intervenção política:

“(...) o primeiro passo é o negro assumir sua negritude. Ele sofre, é discriminado, por causa da cor de sua pele (...). Não adianta a reiteração teórica de que cientificamente não existe raça inferior ou raça superior. O que vale é o conceito popular e social de raça, cuja pedra de toque, no Brasil, se fundamenta – pior do que na declarada luta de raças – num envergonhado preconceito ornamental, em camuflada perversão estética. E tão forte é tal perversão em nosso meio que instilou no próprio negro a má consciência de ser negro.”²⁸⁵

Os racialistas acusam o Brasil de ocultar o seu “envergonhado preconceito ornamental”. Explicitamente, preferem a “declarada luta de raças”, pois dela emergiria uma “consciência racial” entre os negros. Nesse raciocínio, encontra-se a lógica do projeto de racialização oficial da sociedade brasileira. Pela inscrição da raça na lei, o Brasil adotaria o modelo dos EUA e, por força de rótulos legais, cada um saberia exatamente o seu lugar numa nação dividida em grupos raciais contrapostos.

Na verdade, em nenhuma passagem do livro *Casa-Grande & Senzala*, Gilberto se utilizou da expressão *democracia racial*, não justificando a reação à obra²⁸⁶. Pode-se dizer que se aproximou do uso, em outros momentos, em discursos e em muitas passagens de sua vida de escritor, não com o propósito de afirmar a inexistência de problemas raciais no Brasil, mas a fim de exclamar a grandiosidade da miscigenação brasileira, bem como sugerir que as

²⁸⁴ CRUZ, Levy. “Democracia racial, uma hipótese”. Fundação Joaquim Nabuco, Trabalhos para Discussão, n. 128, agosto 2002. <http://www.fundaj.gov.br/tpd/128.html>

²⁸⁵ NASCIMENTO, Elisa Larkin. Op. cit., p. 314.

²⁸⁶ Bem reconhece tal fato Antônio Sérgio Guimarães, que, ao analisar as origens da expressão *democracia racial* no Brasil, credita a Roger Bastide a primeira utilização do termo. GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Classes, Raças e Democracia**. Op. cit. p. 138.

relações entre as raças no Brasil, se não são perfeitas, ao menos são mais harmônicas do que em outros países²⁸⁷. O antropólogo Hermano Vianna ousou dizer que há, no País, um mito sobre o mito da democracia racial²⁸⁸.

Sobre o tema, oportuno trazer à baila a entrevista realizada em 15 de março de 1980, na qual Freyre responde à pergunta formulada por Lêda Rivas: “Até que ponto nós somos uma democracia racial?”. Vejamos:

“(…) Democracia política é relativa. (...). Sempre foi relativa, nunca foi absoluta (...). Democracia plena é uma bela frase (...) de demagogos, que não têm responsabilidade intelectual quando se exprimem sobre assuntos políticos. (...). Os gregos, aclamados como democratas do passado clássico, conciliaram sua democracia com a escravidão. Os Estados Unidos, que foram os continuadores dos gregos como exemplo moderno de democracia no século XVIII, conciliaram essa democracia também com a escravidão. Os suíços, que primaram pela democracia direta, até há pouco não permitiam que mulher votasse. São todos exemplos de democracias consideradas, nas suas expressões mais puras, relativas. (...). O Brasil (...) é o país onde há uma maior aproximação à democracia racial, quer seja no presente ou no passado humano. Eu acho que o brasileiro pode, tranquilamente, ufanar-se de chegar a este ponto. Mas é um país de democracia racial perfeita, pura? Não, de modo algum. Quando fala em democracia racial, você tem que considerar [que] o problema de classe se mistura tanto ao problema de raça, ao problema de cultura, ao problema de educação. (...) Isolar os exemplos de democracia racial das suas circunstâncias políticas, educacionais, culturais e sociais, é quase impossível. (...). É muito difícil você encontrar no Brasil [negros] que tenham atingido [uma situação igual à dos brancos em certos aspectos...]. Por quê? Porque o erro é de base. Porque depois que o Brasil fez seu festivo e retórico 13 de maio, quem cuidou da educação do negro? Quem cuidou de integrar esse negro liberto à sociedade brasileira? A Igreja? Era inteiramente ausente. A República? Nada. A nova expressão de poder econômico do Brasil, que sucedia ao poder patriarcal agrário, e que era a urbana industrial? De modo algum. De forma que nós estamos hoje, com descendentes de negros marginalizados, por nós próprios. Marginalizados na sua condição social. [...]. Não há pura democracia no Brasil, nem racial, nem social, nem política, mas, repito, aqui existe muito mais aproximação a uma democracia racial do que em qualquer outra parte do mundo”²⁸⁹.

²⁸⁷ Prefaciando a obra *Religião e Relações Raciais*, de René Ribeiro, Gilberto Freyre afirma: “Tão extremada é tal interpretação como a dos que pretendam colocar-me entre aqueles sociólogos ou antropólogos apenas líricos para quem não houve jamais entre os portugueses, nem há entre brasileiros, preconceito de raça sob nenhuma forma. O que venho sugerindo é ter sido quase sempre, e continuar a ser, esse preconceito mínimo entre portugueses – desde o contato deles como os negros e da política de assimilação, do Infante - e brasileiros, quando comparado com as outras formas cruas em vigor entre europeus e entre outros grupos. O que daria ao Brasil o direito de considerar-se avançada democracia étnica como a Suíça se considera – e é considerada – avançada democracia política, a despeito do fato, salientado já por mais de um observador, de haver entre os suíços não raros seguidores de (...) ideias políticas de antidemocracia”. RIBEIRO, René. **Religião e Relações Raciais**. Prefácio de Gilberto Freyre. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956, p. 21 e 22.

²⁸⁸ VIANNA, Hermano. Equilíbrio de Antagonismos. **Folha de São Paulo**, São Paulo. 12 mar. 2000. Editorial Mais! p. 20.

²⁸⁹ Apud CRUZ, Levy. Democracia Racial, uma hipótese. **Fundação Joaquim Nabuco**. Trabalhos para Discussão nº 128/2002. ago. 2002. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/TPD/article/view/935>. Acesso em: 16 MAIO 2021, p. 6 e 7. No mesmo sentido, FREYRE, Gilberto. **Palavras Repatriadas**. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003, p. 334 e ss.

Às acusações de que difundira o mito da democracia racial não se furtou o escritor pernambucano. E sobre elas, tece comentários, comparando a situação vivida no Brasil com a esposada nos Estados Unidos:

“Não é que inexista preconceito de raça ou de cor conjugado com o preconceito de classes sociais no Brasil. Existe. Mas ninguém pensaria em ter Igrejas apenas para brancos. Nenhuma pessoa no Brasil pensaria em leis contra os casamentos inter-raciais. Ninguém pensaria em barrar pessoas de cor dos teatros ou áreas residenciais da cidade. *Um espírito de fraternidade humana é mais forte entre os brasileiros que o preconceito de raça, cor, classe ou religião.* É verdade que a igualdade racial não se tornou absoluta com a abolição da escravidão. (...). Houve preconceito racial entre os brasileiros dos engenhos, houve uma distância social entre o senhor e o escravo, entre os brancos e os negros (...). Mas poucos aristocratas brasileiros eram rígidos sobre a pureza racial, como era a maioria dos aristocratas anglo-americanos do Velho Sul”²⁹⁰.

O escritor do Recife bem conhecia a realidade estadunidense. Por cultivar uma certa resistência precoce à língua pátria, fora primeiro alfabetizado em inglês, aos oito anos de idade. Após concluir os estudos, em 1917, no então colégio Americano Gilreath²⁹¹, segue para o bacharelado na Universidade de Baylor — *College of Liberal Arts* — e, em seguida, mestrado em Columbia²⁹². Os colégios batistas estabeleceram-se em Recife com o intuito também de recrutar estudantes brilhantes das melhores famílias e financiar-lhes os estudos nos Estados Unidos. Chacon afirma que Freyre havia sido enviado a tal país para se tornar missionário, ideia abraçada pelos pastores batistas. E registra que o “choque final e devastador da sua fé batista ocorreu na volta, ao passar por ‘uma cidade ou vila chamada Waxahaxie (...)’”, quando então Freyre descreve: “Um cheiro intenso de carne queimada, no que fora informado, com relativa simplicidade, tratar-se de ‘um negro, que os *boys* acabaram de queimar’”. E prosseguiu Freyre: “Seria exato? Seria mesmo o odor de um negro queimado? Não sei — mas isto sim me arrepiou e muito. Nunca pensei que tal horror fosse possível nos Estados Unidos de agora. Mas é. Aqui se lincha, se mata, se queima negro. Não é fato isolado, acontece muitas vezes”²⁹³.

²⁹⁰ FREYRE, Gilberto. **New World in the Tropics**. 2º ed. New York: Random House, 1963. p. 8. Tradução livre.

²⁹¹ Atualmente denominado Colégio Americano Batista.

²⁹² Conforme CHACON, Vamireh. **Gilberto Freyre. Uma Biografia Intelectual**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco - Massangana, 1993, p.38 a 46.

²⁹³ CHACON, Vamireh. Op. cit, p.56.

Gilberto não via a relação entre os escravos e os senhores de forma suave, como muitos leitores de fontes terciárias, ou ainda mais distantes, podem pensar. *Casa-Grande & Senzala* descreve as barbaridades cometidas contra os escravos, como por exemplo²⁹⁴:

“Sinhás-moças que mandavam arrancar os olhos de mucamas bonitas e trazê-los à presença do marido, à hora da sobremesa, dentro de compoteiras de doces e boiando em sangue ainda fresco. Baronesas já de idade que por ciúme ou despeito mandavam vender mulatinhas de quinze anos a velhos libertinos. Outras que espatifavam a salto de botina dentaduras de escravas; ou mandavam-lhes cortar os peitos, arrancar as unhas, queimar a cara ou as orelhas. Toda uma série de judiarias. O motivo, quase sempre, o ciúme do marido. O rancor sexual. A rivalidade de mulher com mulher”.

Hermano Vianna reconhece a impropriedade com que a obra freyriana foi tratada, afirmando:

“Como dizer que Casa-Grande & Senzala criou uma imagem idílica da sociedade brasileira se, logo no prefácio de sua primeira edição, aprendemos que senhores mandavam ‘queimar vivas, em fomalhas de engenho, escravas prenhes, as crianças estourando ao calor das chamas’, ou ouvimos a história de um senhor que na tentativa de dar longevidade às paredes de sua casa-grande, ‘mandou matar dois escravos e enterrá-los nos alicerces’? (...) Que paraíso tropical é esse? Que democracia racial é esta?”²⁹⁵.

²⁹⁴ FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*. Op. cit. p. 392.

²⁹⁵ O texto irônico e por vezes sarcástico do autor revela uma preocupação que nem todos os críticos possuem — a necessidade de ir às fontes primárias. Muitos autores repetem de forma incansável que Gilberto Freyre inventou uma *democracia racial* — que de fato nunca existiu no Brasil — sem nunca terem lido as obras freyrianas. Como observou Vamireh Chacon: “Gilberto Freyre nunca pretendeu ter sido um paraíso a escravidão brasileira, muito ao contrário do que lhe atribuem, por falta ou deformação de leitura”. CHACON, Vamireh. **A Construção da Brasilidade. Gilberto Freyre e sua Geração**. Brasília: Paralelo 15 – São Paulo: Marco Zero, 2001, p. 45. No mesmo sentido, esclarece Vianna: “Gilberto Freyre defende a tese da ‘democracia racial’ brasileira em ‘Casa-Grande & Senzala’. Leia novamente a afirmação anterior. Soa estranha? Traz alguma novidade? Poderia ter sido escrita de muitas outras maneiras. Por exemplo: ‘Casa-Grande & Senzala’ apresenta o mito da ‘democracia racial’ brasileira. Ou ainda: o Brasil de ‘Casa-Grande & Senzala’ é uma ‘democracia racial’. Nada estranho, não é? Nem as aspas que isolam, funcionando como um cordão sanitário, a expressão ‘democracia racial’. Hoje em dia ninguém é louco a ponto de escrever que o Brasil é realmente uma democracia racial. Seria linchado em praça pública. As aspas estão ali para dizer que os autores das afirmações anteriores não acreditam no mito. Quem acredita? Quem acreditou? A frase ‘hoje em dia ninguém é louco a ponto de escrever que o Brasil é realmente uma democracia racial’, no seu todo uma declaração bem boba para prender a atenção do leitor, pressupõe ironicamente que em algum lugar do passado houve loucos que escreveram tal barbaridade. Se houve, entre eles não estava o Gilberto Freyre de ‘Casa-Grande & Senzala’. A expressão ‘democracia racial’, com aspas ou sem aspas, não aparece nesse livro. Alguém já tinha dito isso para você? É bem provável que não. Mas é a mais pura verdade: em nenhum dos capítulos de ‘Casa-Grande & Senzala’, incluindo as notas volumosas desses capítulos, está impressa a expressão ‘democracia racial’. Quem escreve que ‘Gilberto Freyre defende a tese da ‘democracia racial’ brasileira em ‘Casa-Grande & Senzala’, leva o leitor a acreditar que a expressão ‘democracia racial’ é usada explicitamente nesse livro e que seu uso seria aí defendido como traço fundamental da sociedade brasileira. Leia ‘Casa-Grande & Senzala’ (coisa que muita gente não faz justamente por acreditar que é o texto fundador do mito da ‘democracia racial’): você verá que não é esse o caso”. VIANNA, Hermano. *Equilíbrio de Antagonismos*. Op. cit. p. 20 a 22. Incrivelmente, no Brasil, parece que somente são aplaudidas as análises das relações raciais brasileiras feitas por brasilianistas, isto é, por estrangeiros que procuram estudar o Brasil. Em se tratando de valorizar o que é próprio, o Brasil está longe de perder a mentalidade de colônia. Em comentário publicado na Coluna do Jornal O Globo,

Em outra obra, *O Escravo nos anúncios de jornais brasileiros do século XIX*, Gilberto escreveu sobre as mutilações que os escravos sofriam por parte de alguns senhores:

“Havia senhores mais exigentes. Não se contentavam com castigos tão suaves. Empregavam contra os negros as navalhas seguidas da salgadeira, o suplício dos insetos, o das urtigas, o da roda d’água, o de pingos às costas em carne viva dos escravos de cera e de lacre; o de queimar o corpo do negro com água fervendo. Havia senhores que mandavam amarrar os punhos do escravo, por meio de cordas, a traves altas; depois untar o corpo nu, de mel ou salmoura, a fim de que os insetos viessem picar e ferretear aquela carne inerte”²⁹⁶.

Relembrem-se, por fim, as últimas palavras de *Casa-Grande & Senzala*: “Mas não foi toda de alegria a vida dos negros, escravos dos ioiôs e das iaiás brancas. Houve os que se suicidaram, comendo terra, enforcando-se, envenenando-se com ervas e potagens dos mandingueiros. (...)”²⁹⁷ E, após citar numerosas doenças que os acometiam, à época, termina o livro determinando a presença abundante de muitos vermes e lombrigas. O que demonstraria, no mínimo, um contrassenso, à visão bucólica e paradisíaca que os críticos de Gilberto teimam em vislumbrar em suas obras.

3.14.2 A CORDIALIDADE DO HOMEM BRASILEIRO — SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA E RAÍZES DO BRASIL

de 19 de outubro de 2003, sobre um livro que será lançado por um norte-americano, Edward Telles, analisando o racismo no Brasil, assim se expressou o jornalista Élio Gaspari: “Vem aí um livro. É ‘Racismo à brasileira’, do professor americano Edward Telles, da Universidade da Califórnia, em Los Angeles. Será um demarcador no debate do período pós-blablá da questão racial brasileira. Ele trata do puro, velho e verdadeiro racismo nacional. Aquele que se disfarçou de branqueamento e democracia racial. Telles localiza na década de 90 o colapso dessas teorias de conveniência e saúda a entrada dos negros no debate. O livro deixa a impressão de que o andar de cima gosta de transformar a questão racial brasileira num eterno seminário em torno da obra de Gilberto Freyre ou de quem quer que seja, desde que os negros fiquem calados”. GASPARI, Élio. Um grande livro sobre o racismo (in)existente. **Jornal O Globo**, Rio de Janeiro, 19 out. 2003. Coluna do autor. Curioso é destacar que o mesmo colunista já havia interpretado que a obra de Freyre, muito antes do surgimento do teste de DNA e da decodificação do genoma humana, já havia descoberto a grande miscigenação que permeou a sociedade brasileira em formação. Observemos o que escreveu o colunista: “A revista ‘Ciência’ que chegará às bancas nos próximos dias traz um artigo fenomenal. Cinco pesquisadores dos departamentos de bioquímica e biologia da Universidade Federal de Minas Gerais qualificaram uma parte do processo de miscigenação da população brasileira. (...) A partir do exame do DNA de uma amostra de 200 homens e mulheres brancos de regiões e origens sociais diversas, demonstraram que, de acordo com os marcadores utilizados, de cada cem pessoas brancas só 39 têm apenas linhagem exclusivamente europeia. As demais têm a marca da miscigenação (33% de índios e 28% de africanos). A predominância da marca indígena deve-se ao fato de que por mais de um século a miscigenação deu-se sem a presença negra. Há mais gente com um pé na cozinha do que com os dois na sala. (...) É a comprovação científica daquilo que Gilberto Freyre formulou em termos sociológicos”. Ver mais em GASPARI, Élio. O Branco tem a marca de Naná. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 abr. 2000. Editorial Folha Brasil.

²⁹⁶ FREYRE, Gilberto. *O Escravo nos Anúncios de Jornais Brasileiros do Século XIX*. Recife: Imprensa Universitária, 1963, p. 200.

²⁹⁷ FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*. Op. cit. p. 514.

Qual a origem do mito do homem cordial? Muitos acusam injustamente Sérgio Buarque de Holanda de ser da ideia pai fundador. No entanto, a ideia de *homem cordial* não surgiu com Sérgio Buarque de Holanda. Trata-se de uma expressão empregada originariamente por Ribeiro Couto²⁹⁸ e melhor desenvolvida no capítulo cinco de *Raízes do Brasil*. Três anos após *Casa-Grande & Senzala*, em 1936 portanto, Sérgio Buarque publica *Raízes do Brasil*, obra na qual procura analisar o modo de viver específico do brasileiro, observando as peculiaridades do povo, a torná-lo distinto das demais comunidades no mundo. Esmiúça as consequências de termos sido colonizados por uma sociedade patrimonialista — a portuguesa — e o modo pelo qual isso iria afetar as relações sociais e raciais desenvolvidas no Brasil.

O livro busca caracterizar o processo de transição vivido pela sociedade brasileira, da colônia à república. Visa a identificar as *raízes* às quais estava atrelada a sociedade, contextualizá-las e imprimir prováveis possibilidades de futuro.

Não se trata de um livro histórico, porquanto nele não há passagens sequenciadas de fatos. Do contrário, constantemente o autor promove o presente, resgatando o passado, em um processo dialético contínuo em cada capítulo. A consciência histórica é retratada por meio de oposições, interpretando-se a colonização brasileira como processo singular e distinto da dos outros países latinos. A identidade brasileira não é afirmada, apenas sugerida, como se estivéssemos sempre em um processo de incansável construção.

A importância da obra pode ser aferida pelas palavras do prefácio, por Antônio Candido²⁹⁹:

“Os homens que hoje estão um pouco para cá ou um pouco para lá dos cinquenta anos aprenderam a refletir e a se interessar pelo Brasil sobretudo em termos de passado em função de três livros: *Casa-Grande & Senzala*, de Gilberto Freyre, publicado quando estávamos no ginásio; *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda, publicado quando estávamos no curso complementar; *Formação do Brasil Contemporâneo*, de Caio Prado Júnior, publicado quando estávamos na escola superior. São estes os livros que podemos considerar chaves, os que parecem exprimir a mentalidade ligada ao sopro de radicalismo intelectual e análise social que eclodiu depois da Revolução de 30 e não foi, apesar de tudo, abafado pelo Estado Novo”.

A reflexão acerca das origens da sociedade brasileira não decorre da determinação de tipos, mas antes, da adoção de uma metodologia de opostos. A visão da realidade é obtida a partir do embate dos conceitos, de modo que cada um complementa o outro,

²⁹⁸ Rui Ribeiro Couto (Santos, São Paulo, 12.03.1898 — Paris, França, 30.05.1963), amigo e contemporâneo a Sérgio Buarque de Holanda, foi poeta, contista, romancista, jornalista, magistrado e diplomata.

²⁹⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Op. cit. p. 9.

interpenetrando-se, ressaltando-se a interação do processo histórico. O autor constrói tipos e os compara à realidade. Assim, relaciona e complementa ideias díspares, como por exemplo, trabalho e aventura, rural e urbano, liberalismo e caudilhismo, cordialidade e polidez.

O texto encontra-se dividido em sete capítulos: *Fronteiras da Europa, Trabalho e Aventura, Herança Rural, O Semeador e o Ladrilhador, O Homem Cordial, Novos Tempos e Nossa Revolução*.

O *homem cordial*, na expressão usada por Ribeiro Couto e adotada por Sérgio Buarque, para melhor explicar, jamais quis dizer bondade, como erroneamente interpretam muitos. A ideia de homem cordial tem a ver com a passionalidade de que somos filhos. No que quer dizer: somos latinos, agimos no calor das nossas emoções, que nem sempre são boas. Sérgio Buarque jamais correlacionou o homem cordial a sentimentos virtuosos, como bondade, generosidade, compaixão e empatia. Do contrário, por vezes ressaltou que o agir com o coração também nos remete à fúria, às paixões cegas, à ira, à explosão cruel impetuosa. É que no Brasil, segundo ele, as relações entre as pessoas se baseiam pelo uso do coração e da passionalidade, fazendo predominar o comportamento de aparência afetiva, opondo-se aos ritualismos da polidez, do formalismo, do rigor, do distanciamento ou do excesso de civilidade. Como exemplo, aponta a necessidade de o brasileiro usar diminutivos, caracterizando o desejo de estabelecer certa intimidade com o interlocutor. A cordialidade, desta forma, não pressuporia atitudes benevolentes, mas expressaria emoções, como uma tentativa de reconstruir o ambiente familiar também na esfera pública. Exemplos disso seriam determinadas formas de linguagem — o uso do *inho*, como *painho, mainha, voinha, voinho, sinhozinho* —, a aversão às hierarquias, o desapego à autoridade, a busca da intimidade no trato, o desagrado das relações impessoais e distantes.

A terceira e quarta edições do livro *Raízes do Brasil* trazem como apêndice artigo publicado por Cassiano Ricardo³⁰⁰, intitulado *Variações sobre o Homem Cordial*. Cassiano inicia o embate à expressão *homem cordial* argumentando que Sérgio Buarque de Holanda enunciava o *homem cordial* como o contrário de polido, e que este não seria o melhor conceito porque, na linguagem, *cordial* identificava-se justamente com polidez, em vez de *homem de coração*. Por certo, afirma, ainda, que a melhor contribuição que os brasileiros davam ao mundo não seria a cordialidade, mas sim a bondade. E prossegue, procurando identificar o que julga ser os traços específicos da nossa cultura:

³⁰⁰ Originariamente publicado na Revista Colégio, nº 2, São Paulo, em julho de 1948. Ver em HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 4ª ed. revista pelo autor. Brasília: Universidade de Brasília, 1963, p. 189 a 210.

“Não temos que enfrentar, por exemplo, o preconceito racial, como acontece com o americano do norte. O problema das minorias raciais e culturais é quase inexistente entre nós. Gilberto Freyre em seu livro *O mundo que o português criou* salienta este aspecto de tamanha importância à compreensão do problema da nossa formação social, apontando o português — capaz de realizar o intercruzamento desde que foram estabelecidos os primeiros contatos com o nativo — como causa eficiente da ausência do problema das minorias no Brasil. Entre nós não existiram os muros do *ghetto* nem as limitações do Harlem. Não damos margem a uma psicologia racial, criadora de estereótipos negativos que, por sua vez, mantenham o preconceito”³⁰¹.

Cassiano Ricardo identifica o brasileiro como um povo incapaz de ser inimigo de alguém ou de sentir ódio e preconceito. Destaca que o termo cordial não consegue abranger em toda a extensão a bondade que nos é peculiar e que terminaria por caracterizar uma pessoa convencional, educada, diplomática, cortês, formalista, em suma, justamente o contrário do que caracteriza o nosso povo.

Tais argumentos induziram Sérgio a precisar, em texto intitulado *Carta a Cassiano Ricardo* situado no apêndice da 4ª edição de *Raízes do Brasil*³⁰², que a expressão *cordialidade* havia sido utilizada no sentido de *oriundo do coração*, deixando claro que a cordialidade pode acontecer tanto para bons, como para maus sentimentos. Aduziu, ainda, que a cordialidade não se coadunaria em uma virtude definitiva e independente das transformações sociais. Do contrário, seria um retrato das condições particulares do modo de vida colonial e agrícola. Na visão do historiador, a progressiva urbanização que estava a assolar o Brasil terminaria por extinguir a cordialidade humana, o que o fez lamentar, por fim: “E às vezes receio sinceramente que já tenha gasto muita pena com esse pobre defunto (o homem cordial)”³⁰³.

3.14.3 A RELAÇÃO ENTRE O “HOMEM CORDIAL”, A “DEMOCRACIA RACIAL” E O DIAGNÓSTICO SOBRE A VIABILIDADE DA DEMOCRACIA NO BRASIL

Por que o mito da democracia racial se entrelaça com o mito do homem cordial? Porque foi com Gilberto Freyre que se criou o paradigma culturalista vigente de continuidade com Portugal e da emotividade como traço peculiar da identidade nacional. Porque se fixou, no

³⁰¹ RICARDO, Cassiano. Apud HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 4ª ed. Op. cit. p. 206.

³⁰² HOLANDA, Sérgio Buarque de. Idem. p. 211 a 213. A Carta a Cassiano Ricardo também fora publicada na Revista Colégio, nº 3, São Paulo, setembro de 1948.

³⁰³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. Idem. Ibidem.

imaginário coletivo brasileiro, a percepção de que o brasileiro, como povo alegre, leve, brincalhão, debochado, passional, emotivo – características decorrentes da fixação do mito do homem cordial - seria incapaz de ter orgulho de raça e de massacrar, humilhar ou desprezar o diferente. Bem explica essa correlação o psicanalista Contardo Calligaris:

“O Brasil, para os brasileiros, seria um país cordial, onde se teria inventado uma feliz ‘democracia racial’ onde as crianças são adoradas – ainda que não se saiba educá-las – e onde seus habitantes gostariam de ter a reputação de serem muito interessados em sexo. E também (mais uma peculiaridade) ele se veria e entenderia como um indivíduo – claro, um gigante, pelo próprio tamanho, mas, mesmo assim, um indivíduo. Seria esse, aliás, um corolário da ‘cordialidade’ brasileira: o país não nos aparece nem como processo histórico, nem como um campo de batalhas e conflitos, mas como uma pessoa. Quem sabe, um amigão da gente³⁰⁴”.

De que maneira esses mitos podem atrapalhar a consecução do projeto democrático? Segundo Jessé Souza, para analisarmos criticamente Raízes do Brasil, seria necessário retomarmos a experiência da escravidão, com sua singularidade perversa e excludente, como a “semente de toda a sociabilidade brasileira”³⁰⁵, em vez de pensarmos o Brasil a partir do patrimonialismo herdado de Portugal e decorrente plasticidade. A tese do professor é a de que houve a passagem do paradigma “racista” para o “culturalista” nas ciências sociais, mas que esse rompimento com o racismo científico haveria sido falso no Brasil³⁰⁶. Em passo seguinte, acredita que seria necessário percebermos a existência de uma “luta de classes por privilégios e distinções que logrou construir alianças e preconceitos que esclareceriam o padrão histórico que se repete nas lutas políticas no Brasil moderno”³⁰⁷. Somente desta maneira seríamos capazes de realizar o que o autor chamou de “diagnóstico acurado do momento atual”, de maneira mais profunda do que a mera percepção do racismo culturalista, que é o termo que se utiliza para compreender a função do racismo de classe e de raça (no que inclui também outras visões do oprimido, como nordestinos e mulheres) na eternização da desigualdade secular na sociedade brasileira.

É que, segundo alega, “sem a consciência crítica da ação dessas ideias sobre nosso comportamento, somos todos vítimas indefesas de uma concepção que nos domina sem que possamos sequer esboçar reação”³⁰⁸. Nesse sentido, o fato de não percebermos as

³⁰⁴ CALLIGARIS, Contardo. **Hello, Brasil e outros ensaios: psicanálise da estranha civilização brasileira**. São Paulo: Três Estrelas, 2017, p. 10.

³⁰⁵ SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Op. cit., p. 9; p. 17.

³⁰⁶ Idem. p. 15. O autor explica que passou a se utilizar do termo “racismo” para significar qualquer pretensão de hierarquizar indivíduos, para além da cor da pele.

³⁰⁷ Idem. Ibidem.

³⁰⁸ Idem., p.21.

hierarquias e divisões existentes em nossa sociedade - decorrentes do que atribui ter sido uma narrativa de cordialidade construída em favor da classe média branca, objetivando alcançarmos o paradigma protestante estadunidense - facilitaria de maneira perversa a perpetuação de seus efeitos.

Entretanto, em que pesem as considerações do renomado sociólogo, compreendemos que o Brasil possui muitas complexidades históricas, culturais e sociais que não conseguem ser explicadas somente da maneira que o professor propôs. Em nossa visão de mundo, pretender explicar o mito do homem cordial como um *projeto da classe média branca que almeja alcançar um dia o atual estágio de civilização estadunidense* pode até fazer sentido em relação a uma ultra elite que vive no circuito Miami-São Paulo-Rio-Brasília-Dubai-Maldivas. Mas não parece fazer sentido na grande parte do Brasil, para a maior parte dos brasileiros, em especial nas regiões mais pobres do Norte e do Nordeste, onde a pobreza é tão grande que a questão do pertencimento identitário em relação à cor fica até em segundo plano, todo mundo é pobre igual³⁰⁹. Por que precisamos superar os paradigmas de cordialidade e de herança colonial portuguesa relacionadas ao patrimonialismo para tentarmos compreender e resolver os gigantescos desafios sociais que nos foram legados por meio de uma abolição da escravatura realizada sem qualquer política de inserção dos negros recém-libertos ao mercado de trabalho? Jessé pretende deslocar a questão do patrimonialismo para a escravidão sob o pretexto de legitimar o argumento central da sua tese escrita contra a operação Lava Jato,

³⁰⁹ Sobre esse ponto, converge Degler, quando afirma que, no Brasil, o preconceito contra os negros é maior nos locais em que são minorias, como no Sul, e diminui nos locais em que são majorias, como no Nordeste. Deste modo, aduz: “De uma forma geral, os estudiosos que, como Pierson, destacam a ausência de preconceito racial ou de cor no Brasil, retiram suas conclusões de evidências colhidas principalmente no Nordeste, na Bahia e em Pernambuco, em particular. Não é acidental, também, o fato de Gilberto Freyre (...) ser de Recife, Pernambuco. Por outro lado, aqueles que diminuíram ou negaram a democracia racial no Brasil, como Florestan Fernandes e Roger Bastide, fizeram suas pesquisas em São Paulo”. DEGLER, Carl. **Neither Black nor White. Slavery and Race Relations in Brazil and the United States**. Reprint. Madison, Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 1986, p. 100. Tradução livre. Nesse sentido, Antônio Sérgio Guimarães comenta que os resultados aos quais chegaram as diferentes gerações de sociólogos dependiam do local em que a análise era realizada: “Nos estudos realizados na Bahia, mas também no Recife e no norte do país, teriam sido preservadas as conclusões principais dos estudos pioneiros de Freyre e Pierson, segundo as quais o preconceito racial era fraco, senão inexistente no Brasil. Nos estudos realizados em São Paulo, mas também no Rio e no sul do país, ter-se-ia documentado fartamente o aparecimento de tensões raciais crescentes e se chegou ao diagnóstico do Brasil como um país onde o preconceito mais forte é negado, mas existiria o ‘preconceito de não ter preconceito’, ou o criptomelanism, para usarmos seja a expressão de Bastide e a de Fernandes (...), seja a de Costa Pinto”. GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Baianos e Paulistas. Duas Escolas de Relações Raciais? In: **Tempo Social**. Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo, vol. 11, n° 1, maio de 1999, p. 76. Também Gilberto Freyre aponta diferenças entre o preconceito racial nos lugares em que a colonização portuguesa fora maciça, como no Nordeste, e a discriminação praticada contra os negros em locais nos quais ocorreu a intensa imigração de alemães, poloneses, italianos e japoneses, como em São Paulo. Ver mais em FREYRE, Gilberto. **Palavras Repatriadas**. Op. cit. p. 122 e ss.

fazendo supor que a existência do mito do homem cordial seria um dos grandes males existentes em nosso País, em vez da corrupção.

E é nesse sentido que discordamos do professor. É que muito embora tenhamos de fato esse dilema de difícil solução – como formular políticas públicas que levem em conta a trágica correlação existente entre cor e renda no Brasil sem criarmos um país binário dividido racialmente³¹⁰? Não somos um país miscigenado? Como equacionar a exclusão do pardo com

³¹⁰ Nesse tom, confira-se com o artigo publicado no O Globo pelo historiador José Roberto Pinto de Góes: “A ideia de que a população negra tem direito a uma reparação histórica tem sido usada para legitimar a racialização da sociedade brasileira. Há ao menos três aspectos questionáveis nessa reivindicação que, saliento, vem de ONGs e ativistas e não de nosso povo. Em primeiro lugar, o problema da designação “população negra”. O IBGE solicita aos indivíduos que se autoidentifiquem segundo uma das seguintes denominações: preto (7,4%), branco (49,4%), pardo (42,3%), amarelo (0,7%) ou indígena (0,1%). Isso permite ao Instituto quantificar as respostas, pois estudos já mostraram que, se deixadas livres, as pessoas escolheriam coisas como moreno-claro, clarinho, jambo, marrom-bombom e outras dezenas de expressões. Esse talvez seja o maior obstáculo à racialização do Brasil: os brasileiros não têm uma consciência racial. Diante disso, os racialistas tomaram a si a tarefa de criá-la, juntando capciosamente a população preta e a parda sob a designação de “negro”, manipulando estatísticas, disseminando a ideia de que os brancos oprimem os negros etc. Quando confrontados com a dificuldade de saber quem é negro, respondem que a polícia sabe. A demagogia é uma espécie de ato-falho, pois o que pretendem mesmo é confiar o problema ao Estado e à polícia. Outro aspecto questionável da ideia de reparação é que, abolida a escravidão em 1888, não resta vivo nenhum escravo. Os racialistas resolvem esse problema apresentando a conta aos supostos descendentes dos senhores, os “brancos”. É uma ideia perversa, pois puniria indivíduos que nenhuma responsabilidade tem pelas atrocidades do passado. Além disso, não guarda nenhuma relação de coerência com a nossa história — esse o último aspecto a ser considerado. Todo aluno de graduação em História aprende que a escravidão, no Brasil, não estava baseada na ideia moderna de raça e que o mercado de escravos sempre esteve aberto à participação de pessoas de todas as cores, africanos libertos incluídos. Ainda na década de 1870, Joaquim Nabuco lamentava o que chamava de “o poder moral da escravidão”, isto é, a sem-cerimônia com que ela era vista por tanta gente como uma coisa natural. E explicava que isso acontecia porque qualquer um podia comprar um escravo: homem, mulher, nacional, estrangeiro, preto, branco, rico e remediado. A verdade é que nem preto era sinônimo de escravo, nem branco de senhor. Observe-se os números estimados a seguir: 4 milhões de africanos foram trazidos para o Brasil, enquanto 400 mil foram levados para os EUA; em 1872, havia aqui 1 milhão e meio de escravos e lá, pouco antes da guerra civil, 4 milhões de cativos. Isso significa que no Brasil a fronteira entre livres e escravos era muito mais porosa. Como lamentava um presidente de província em meado do século XIX, as pessoas tinham o “costume” de alforriar os escravos. Isso se refletiu no nosso perfil cromático da população livre. Na primeira metade daquele século, apenas 5% da população livre do Sul dos EUA eram “de cor”, enquanto que entre nós chegava a 50%. E como vivia essa metade da população? Estudos demográficos mostram que do mesmo jeito que seus equivalentes “sem cor”. Trabalhavam, habitavam, casavam e tudo o mais segundo os mesmos padrões, inclusive no que diz respeito às chances de obter um escravo. Censos do final do século XVIII indicam que 1/3 da classe senhorial de Campos dos Goytacazes era formado por pessoas de cor. Isso se repetia na Bahia e em Pernambuco. Em Sabará, acreditem, por volta de 1830, 43% dos domicílios de pessoas de cor possuíam escravos. Além de cultivar certa cegueira cromática, o Brasil cedo se caracterizou também pela intensa miscigenação. Os racialistas dizem que foi fruto da violência sexual. Tolice. É claro que houve senhores que estupraram escravas — um senhor, de qualquer cor, podia tudo. Mas cedo surgiu uma população mestiça, pobre e livre. Há quem ache que nossa miscigenação é um pecado a ser confessado, reparado, consertado. Não é. É fruto da escolha de milhares e milhares de indivíduos de sucessivas gerações. Bem, mas se nosso passado correspondesse exatamente à caricatura repetida por aí? Valeria a pena enfrentá-lo criando leis raciais que vão dividir os brasileiros em negros e brancos, com direitos diferentes? A resposta, obviamente, é não. Não vale a pena nos transformarmos numa sociedade oficialmente racista, já basta termos que conviver com uns e outros racistas, de todas as cores, os quais, se Deus quiser, podem e devem ser educados e trazidos à razão. Ou punidos”. GOÉS, José Roberto Pinto de. *Reparação, escravidão e leis raciais*. In: **Caderno Opinião**, O GLOBO, 15 JUN 2009. Dúvidas sobre a eficácia dessas medidas afirmativas, bem como questionamentos sobre as consequências que a política de recorte racial poderia ocasionar em relação ao conceito de nação brasileira também foram manifestadas pelo Ministro Gilmar Mendes, ao negar a liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – 186. Confira-se: “O questionamento feito na ADPF 186 é de suma importância para o fortalecimento da democracia no Brasil. As questões e dúvidas levantadas são muito sérias, estão ligadas à identidade nacional,

a implementação das políticas afirmativas lastreadas em tribunais raciais secretos?³¹¹ – podemos ser mais criativos e pensarmos políticas públicas mais direcionadas à nossa realidade complexa e plural, como cotas sociais para integração dos pobres, por meio de critérios objetivos, como renda mínima e haver estudado em escolas públicas, em vez de simplesmente abandonarmos o nosso mito fundador da cordialidade como sentimento que une a nação.

No Brasil, a existência de valores nacionais, comuns a todas as raças parece quebrar o estigma da classificação racial maniqueísta. Encontram-se elementos da cultura africana em praticamente todos os ícones do orgulho nacional e em todas as camadas sociais, seja na identidade que o brasileiro tenta construir, seja na imagem do País difundida no exterior, como alegria, samba, carnaval, futebol, capoeira, pagode, chorinho, mulata e molejo.

envolvem o próprio conceito que o brasileiro tem de si mesmo e demonstram a necessidade de promovermos a justiça social. Somos ou não um país racista? Qual a forma mais adequada de combatermos o preconceito e a discriminação no Brasil? Desistimos da Democracia Racial ou podemos lutar para, por meio da eliminação do preconceito, torná-la uma realidade? Precisamos nos tornar uma Nação bicolor para vencermos as chagas da escravidão? Até que ponto a exclusão social gera preconceito? O preconceito em razão da cor da pele está ligado ou não ao preconceito em razão da renda? Como tornar a Universidade Pública um espaço aberto a todos os brasileiros? Será a educação básica o verdadeiro instrumento apto a realizar a inclusão social que queremos: um país livre e igual, no qual as pessoas não sejam discriminadas pela cor de sua pele, pelo dinheiro em sua conta bancária, pelo seu gênero, pela sua opção sexual, pela sua idade, pela sua opção política, pela sua orientação religiosa, pela região do país onde moram etc.? Mas, enquanto essa mudança não vem, como alcançar essa amplitude democrática? Devemos nos perguntar, desde agora, como fazer para aproximar a atuação social, judicial, administrativa e legislativa às determinações constitucionais que concretizam os direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, nas suas mais diversas concretizações. Em relação ao ensino superior, o sistema de cotas raciais se apresenta como o mais adequado ao fim pretendido? As ações afirmativas raciais, que conjuguem o critério econômico, serão mais eficazes? Cotas baseadas unicamente na renda familiar ou apenas para os egressos do ensino público atingiriam o mesmo fim de forma mais igualitária? Quais os critérios mais adequados para as peculiaridades da realidade brasileira?”. BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 186.

³¹¹ Sobre o tema, alguns exemplos. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/10/02/tjdf-preconceito-concurso-sistema-cotas-negros-bonita-beleza-estetica.htm>. Acesso em: 17 MAIO 2021; Disponível em: <https://blogs.correiobraziliense.com.br/papodeconcurseiro/de-pf-a-influencer-digital-a-historia-da-mulher-acusada-na-internet-de-fraudar-concurso>. Acesso em: 17 MAIO 2021; Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/estudante-aprovada-por-cotas-recorre-a-justica-apos-ser-barrada-pela-ufg-se-eu-nao-sou-parda-nao-tenho-lugar.ghtml>. Acesso em: 17 MAIO 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1404200914.htm>. Acesso em: 17 MAIO 2021. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/09/26/interna_gerais,903459/esta-e-a-minha-etnia-diz-jovem-citada-em-polemica-das-cotas-da-ufmg.shtml. Acesso em: 17 MAIO 2021. Disponível em: <https://theintercept.com/2018/05/22/negras-perderam-emprego-de-diplomata>. Acesso em: 17 MAIO 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/diversidade/se-cortarem-os-pardos-das-cotas-nunca-havera-representatividade-racial-30062022>. Acesso em: 03 OUT 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-21/candidato-excluido-concurso-declarado-pardo-reintegrado>. Acesso em: 03 OUT 2022; Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/outubro/tjdft-mantem-em-cota-racial-candidato-excluido-de-concurso-publico>. Acesso em: 03 OUT 2022; Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/328788/candidato-excluido-de-cotas-raciais-por-comissao-sera-reincluido-em-classificacao>. Acesso em: 03 OUT 2022; Disponível em: <https://bambirra.jusbrasil.com.br/artigos/735040948/cotas-raciais-a-comissao-de-heteroidentificacao-afirma-que-nao-sou-pardo-ou-preto-o-que-posso-fazer>. Acesso em: 03 OUT 2022. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/tribunais-raciais-nas-universidades-o-drama-de-quem-e-julgado-pela-cor-da-pele/>. Acesso em: 03 OUT 2022.

A tese desenvolvida por Jessé Souza de que a manutenção do mito do homem cordial no Brasil serviria para manutenção de um projeto político em curso, ainda que não articulado, objetivando a manutenção dos privilégios da classe média branca brasileira com o propósito de alcançarmos o *american way of life* já havia sido exposta no seu outro livro *O malandro e o protestante*. Segundo afirmou, em prefácio publicado na obra mencionada: “fomos marcados em toda nossa história de país independente pela fascinação pelo grande irmão do norte: protestante, rico, eficiente, capitalista e democrático”³¹². Assim, segundo o sociólogo, a elite média branca (que denomina de *neobrasileiros*), aliada aos grandes veículos de imprensa, atuariam por meio do mito da democracia racial e do homem cordial para garantir a ausência de competição nos ambientes educacionais com o objetivo de manter seus privilégios no Brasil³¹³.

Diferentemente do pensamento do professor brasileiro, todavia, não acreditamos que o mito do homem cordial existente no Brasil se constitua em uma barreira intransponível para a consolidação democrática. Ainda que se reconheça a existência de flagrantes e excludentes desigualdades sociais e raciais (ou culturalistas, como pretende Jessé), compreendemos que os mitos da democracia racial e do homem cordial podem ser aproveitados de maneira construtiva, no sentido de gerar uma expectativa nas pessoas de conduta a ser seguida e como fonte de união e de solidariedade interna entre todos os brasileiros.

Certamente, existem inúmeros desafios para concretizarmos no Brasil a democracia sob a égide do mito do homem cordial e da democracia racial. Talvez esses mitos tenham impedido uma análise mais profunda e acurada da realidade. De certo modo, a formação de tais mitos pode ter deslegitimado ou mesmo camuflado o sofrimento de milhões de negros, nordestinos, pobres, mulheres, homoafetivos, oprimidos e demais minorias no País, sufocando-lhes a revolta legítima, além de talvez ter suavizado a percepção sobre crueldade das manifestações dos opressores. É que ao correlacionar as relações de afeto (ódio ou amor) com as relações institucionais, inviabiliza-se a autonomia do sujeito, pressuposto básico da democracia³¹⁴, pois o indivíduo fica aprisionado em suas emoções primárias (paixão, ódio,

³¹² SOUZA, Jessé. Prefácio. In: SOUZA, Jessé (Org). **O malandro e o protestante. A tese weberiana e a singularidade cultural brasileira**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 12/13.

³¹³ SOUZA, Jessé. Aula “Como o Racismo cultural, de classe e de raça criou o Brasil moderno”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wnRVmn2b-w0>. Acesso em: 03 OUT 2022.

³¹⁴ Contardo Calligaris nesse sentido diz que faltou ao Brasil a figura paterna, haja vista que do ponto de vista psicanalítico, o pai é o limite, sendo quem incute no sujeito o conceito de autoridade e conforma a noção de alteridade. “Os amigos europeus que conhecem de perto ou de longe o Brasil, sobretudo os amigos analistas, se encantam com a constatação de que ao país falta pai”. Ver mais em CALLIGARIS, Contardo. Op. cit. p. 23.

intimidade, proximidade), supondo que a referida aproximação com a elite ou com o opressor talvez signifique determinado pertencimento igualitário, o que certamente dificulta a formação de uma consciência crítica do sujeito em relação aos seus direitos e à sua condição de subjugado.

Entretanto, mesmo ciente dos riscos que os mitos referidos podem ocasionar no que tange à formação crítica dos brasileiros, parece-nos, quando menos, que há outras variáveis envolvidas quanto à ausência de vontade e de autonomia relacionada à participação política popular no Brasil, como a precária formação educacional e cívica, para além da falta de esperanças de que o jogo político possa ser praticado por pessoas comuns.

Por fim, compreendemos que o mito do homem cordial não funciona como o maior impeditivo para a cooperação social e para a participação política do povo brasileiro no processo democrático. Muito embora a existência do mito suavize a consciência da opressão das vítimas sobre a realidade circundante, é inegável os valores positivos que o reforço do mito traz para a autoestima do brasileiro, na medida em que pressupõe a existência de valores nacionais que são comuns a todos os grupos que formam a nação.

A unidade do Brasil, desta maneira, não dependeria da pureza das raças, ou da percepção comum de que agimos com o coração, de forma passional, mas antes derivaria da lealdade a certos valores essencialmente “pan-brasileiros”, de importância comum a todos. Nesse contexto, os mitos da democracia racial e do homem cordial funcionariam não como explicação da realidade que nos é posta, mas sim para a produção da solidariedade social necessária para a viabilização de projetos coletivos, como poderosas forças culturais aptas a pensar o País como um todo, integrando a sociedade e individualizando a cultura brasileira perante o mundo. Referidos mitos podem ser aproveitados em seus potenciais não para mascarar nossos problemas estruturantes relacionados à monumental desigualdade que nos assola, mas como força necessária para consolidar nossas raízes, em busca da construção de uma nação mais justa para todos, a partir do progresso emancipatório, da superação da pobreza e das complexidades postas no embate democrático³¹⁵.

³¹⁵ Robert Wegner afirma que: “a cordialidade lentamente se disciplina e se civiliza, sem, contudo, romper radicalmente com as suas características iniciais WEGNER, Robert. Os EUA e a fronteira na obra de Sérgio Buarque de Holanda. In: SOUZA, Jessé. **O malandro e o protestante**. Op. cit. p. 254.

PARTE IV - CONCLUSÃO

A Constituição é norma de natureza político-jurídica que norteia e legitima todo o ordenamento jurídico. O sentido e conteúdo extraídos de suas normas têm um inegável efeito irradiador e são decisivos para a compreensão semântica de todas as leis, normas infralegais, e decisões judiciais emanadas do Poder Público, ou a ele equiparadas como as decisões arbitrais.

Os países em desenvolvimento e com sistema político em processo de amadurecimento são sufocados no ambiente universalista no qual se obriga à adoção de normas e princípios de sistemas outros por vezes assimilados sem a devida compatibilidade socio cultural. Utiliza-se de Direito Comparado, praticamente seduzindo, obrigando, compelindo a adotar uma grande escola jurídica. Aliado a isso, a globalização econômica e em parte política não deixa espaço nem tempo para que essa formação político-jurídica ocorra dentro de realidades internas peculiares.

Exemplo marcante disso foi a disseminação do modelo de agencificação das administrações públicas deixando os modelos clássicos hierarquizados para os padrões policêntricos. Nesse exemplo observou-se um enfraquecimento do Estado central e um lamentável processo de captura dos entes reguladores. O resultado natural para esses países periféricos é a adoção – em uma relação que lembra o binômio colônia-metrópole – de institutos e do pensamento do direito estrangeiro.

Os reflexos desse contexto para o Direito são claros, mas ainda subestimados ou pouco notados. Da mesma forma que o sistema político-democrático pode ser desconfigurado e servir de instrumento de manipulação e exploração sob uma justificativa formal, o Direito Comparado pode servir também como reforço direto desse processo de unificação jurídico-cultural. Sem controle, sem crítica consistente e sem um cuidado científico, a importação de modelos jurídicos estrangeiros, por se basear em modelos de “verdade”, pode desconectar discurso teórico da prática social e transformar esse discurso em mero processo de deleite acadêmico, sem qualquer função crítica ou mesmo servir de “populismo” teórico, ou seja, a defesa de teses popularmente aplaudidas, mas inaplicáveis em situações socioeconômicas como a brasileira.

A fim de alcançar os objetivos propostos, este trabalho sugere a associação da crítica neopragmatista ao discurso constitucional que atualmente se pratica no Brasil. Nosso atual discurso constitucional tem seu nascedouro na importação de um modelo discursivo e linguístico praticado especialmente nos Estados Unidos e na Alemanha. Com a Constituição de 1988 e seu texto inovador e problemático, percebeu-se que a então linguagem constitucional

estática e hermética não conseguiria dar tratamento adequado à quantidade de instrumentos, institutos, princípios e valores novos trazidos pela Constituição de 1988. A solução natural foi o destaque dado aos autores estrangeiros, especialmente àqueles da linha europeia, tentando tomar por base os recentes processos de redemocratização experimentados pelos países europeus, como Itália em 1948, Alemanha em 1949, Portugal em 1976 e Espanha em 1978. O que se chegou, no entretanto, foi um discurso técnico, científico e sofisticado que, naquele primeiro momento, embriagou doutrinadores, juristas, professores e operadores do Direito em geral, já que, em última análise, foi um discurso feito para o jurista, para enaltecer sua função no Estado Democrático e reafirmar o seu papel de guardião da própria democracia e fiscalizador das demais atribuições institucionais. O forte teor técnico do discurso que começara a ganhar mais e mais adeptos alcançou objetivos, entretanto, nada discretos: foi por meio dele que se superou a visão da Constituição como uma lei e do direito constitucional como um ramo organizatório do Direito; foi com ele que os direitos humanos ganharam centralidade em nosso sistema. Por meio de conceituações, classificações, divisões e identificação da “natureza jurídica” de princípios e institutos, o discurso constitucional da ponderação já apresentava forte característica impessoal, universalizante e transcendente.

A formação de “operadores profissionais do Direito” preocupa, uma vez que elege alguns poucos excepcionais que teriam legitimidade para tratar de temas como os direitos fundamentais como se esse grupo compartilhasse de alguma informação ou algum conhecimento especial em relação a qualquer pessoa que tenha sofrido, na prática, uma experiência de sofrimento no campo dos direitos fundamentais. No campo do Direito Constitucional essa abordagem equivocada pode ter efeitos perturbadores em face da força irradiadora dos dispositivos da Constituição.

A Constituição “cidadã” se transforma em Constituição nominal e se torna em simbólica, percorrendo o caminho inverso da efetividade social de seus princípios. A doutrina se desprende da prática social e da jurisprudência e passa a não mais assumir um papel crítico e dialógico, porque, ao invés de resolver problemas concretos, se aprofunda em um discurso transcendental meramente acadêmico.

A falta de uma comparação em níveis mais profundos (dimensão cultural, social e econômica) coloca de lado características peculiares da eficácia do Direito nos países periféricos como a falta de autonomia do sistema jurídico; suas relações de promiscuidades com outros sistemas sociais; o aparecimento de relações de subintegração e de sobreintegração; a inexistência de uma esfera pública legítima, democrática e esclarecida; os abismos sociais; as

desigualdades econômicas e o subdesenvolvimento; a falta de maturidade democrática e institucional a destacar os efeitos simbólicos das normas constitucionais; e, principalmente, a ignorância aos relatos de humilhação e de sofrimento em todas as searas de aplicação dos direitos fundamentais .

Os problemas estruturais da formação jurídica no País, bem como suas interfaces com a política, economia e sociologia deixam de ter tratamento teórico e prático adequado, já que nossa doutrina e jurisprudência voltam seus esforços para resolver questões jusfilosóficas de “verdade” e de “justiça” de culturas pretensamente mais bem preparadas e densas. Essas questões não só são geralmente estranhas às nossas vivências constitucionais, mas também impertinentes para a solução de problemas concretos de reconhecimento do outro e de desrespeito dos direitos humanos.

Em resumo, o trabalho identifica um problema bastante claro: a crise de um modelo jurídico de interpretação dos direitos fundamentais reproduzido pela nossa doutrina e pela prática de nossa jurisdição constitucional. Os sinais desse esgotamento são as características aqui apontadas:

1- distanciamento perigoso entre teoria e prática constitucional no Brasil, destaque da dimensão simbólica do discurso constitucional;

2- valorização do tom técnico e excludente de nossa produção constitucional,

3- viabilização da jurisdição constitucional como único protagonista da leitura constitucional e produção de uma dependência discursiva e valorativa de compreensão da Constituição de 1988 em relação aos influxos teóricos estrangeiros.

A utilização do Direito Comparado pode legitimar, nesse ambiente, um descrédito das contingências locais culturais, o que pode gerar deformações na aplicação do instituto estrangeiro.

O Direito brasileiro está diante de uma escolha: continuar como área científica transcendental e metafísica ou assumir seu papel e se transformar em discurso instrumental e até estratégico. Enquanto metafísica, o Direito é dos juristas; enquanto instrumento de soluções de conflitos práticos, o Direito é de toda a comunidade política e dos destinatários dos atos políticos.

A omissão do Direito em reconhecer sua função pragmática tem levado a uma situação árida: a desvalorização do campo do “agir” em detrimento do campo do “pensar”, o que contagia (ou vicia) os espaços públicos do debate político. Essa mesma crítica já alimentou tentativas de alterar o esquema de formação jurídica, como, por exemplo, fugindo do

velho formato do conhecimento em “caixas” e considerando os objetivos da formação ou as “competências”. A consequência direta desse ambiente é o juízo de que os discursos funcionais ou instrumentais são discursos ilegítimos, quando, na verdade, são discursos representativos de determinados segmentos, como se exige em uma plena democracia.

O “agir” pragmático, quando exercido de modo transparente e aberto no âmbito dos espaços públicos ou privados normais e democráticos, autocontrola-se, já que a necessidade de transparência exige que os grupos de interesse e de pressão (para não dizer parlamentares, juízes e juristas) assumam claramente posições políticas, reconheçam seus pressupostos ou précompreensões e defendam com parcialidade essas posições.

A falta dessa noção e a ideia de que o “político” é sujo fazem com que se desenvolva uma prática pseudopragmática, ou seja, os discursos funcionais não se apresentam de modo transparente e, por isso, não se tem claras quais são as posições divergentes e quais são os grupos de pressão.

Assim, o processo político é deturpado e práticas clientelistas, populismo, discursos simbólicos, interesses mesquinhos, pessoais, barganhas rasteiras e corrupção tomam a forma de discursos decisivos da dinâmica política. Mais grave ainda é que posições legítimas de grupos de interesse são alijadas do processo por não utilizarem a mesma moeda de troca. Existe uma relação direta entre a metafísica pretensiosa do discurso jurídico e as práticas obscuras da dinâmica política.

A jurisdição constitucional, hoje, tem ao seu dispor importantes instrumentos (audiências públicas, *amici curiae*) que possibilitam conhecer todos os ângulos de uma questão para poder exercer a sua criatividade e imaginação com plenitude. Basta que esses instrumentos sejam utilizados pragmaticamente e não cooptados pelo discurso da racionalidade jurídica.

Nesse trabalho, analisamos dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo direitos fundamentais – o HC 82.424 (caso Ellwanger) e a ADPF 186 (cotas raciais). Em ambos os casos, fez-se necessário um estudo sobre raças humanas e racismo.

Para estudar o caso Ellwanger, inicialmente, fez-se necessário revisitar e estudar quais foram as ideias que propiciaram o desenvolvimento do Holocausto, atrelado aos sentimentos nacionalistas, racistas, antissemitas, segregacionistas, xenofóbicos e identitários. Analisar o conceito de identidade, de etnia ou de raça, nesse viés, vai além da perspectiva nacional, atravessando a liquidez das fronteiras promovida com a globalização e com a pós-modernidade.

Se por um lado a experiência internacionalizante traz o derretimento do Estado, a partir da liquidez dos limites, sob a lógica geográfica, econômica, tecnológica e política, por outro plano, também se percebe a presença cada vez mais forte do movimento local, que busca afirmar as diferenças que tornam cada cultura e cada povo como único e ciente de si mesmo, dos seus valores, de sua identidade e de sua alteridade. Tentar compreender os pormenores que ensejaram tais catástrofes humanas não significa esquecer o *ultrajante* ou explicar fenômenos por meio de generalidades, simplificações grosseiras ou precárias analogias. Do contrário, significa antes suportar o fardo de maneira consciente, encarar a realidade, perceber as sombras e inexatidões, de maneira cuidadosa, espontânea e atenta para conseguir produzir resistência. Ademais, importa ainda não sucumbir ao pessimismo.

Em passo seguinte, analisaram-se os casos envolvendo Direito Comparado, tanto nos Estados Unidos da América quanto na Alemanha relacionado ao tema da liberdade de expressão, para ao final concluir sobre o acerto da decisão do STF no que concerne à utilização do Direito Comparado no caso Ellwanger, para promover uma educação inclusiva de dignidade da pessoa humana relacionada ao Holocausto, ao tempo em que determinou a retirada da obra revisionista de circulação.

Após o caso Ellwanger, analisou-se a ADPF 186 e a determinação da existência de Comissões de Heteroidentificação. Essas tais comissões também existiram em outros países que adotaram cotas étnicas, como foi o caso de Ruanda. No caso de Ruanda, evidenciou-se que a classificação racial dos cidadãos e a produção de leis raciais não demandaram diferenças de cor de pele, de língua ou de religião. No país africano, uma longa história colonial de distinção legal das pessoas segundo o critério raça desdobrou-se em políticas raciais aplicadas após a independência e acabou provocando uma tragédia humana quase sem precedentes.

Hutus e tutsis não são grupos étnicos, mas estamentos tradicionais da sociedade ruandesa. Apesar disso, a partir dos dogmas do “racismo científico”, a administração colonial belga classificou-os como etnias distintas e converteu os tutsis numa elite subordinada. Uma baixa oficialidade tutsi formou a espinha dorsal das forças armadas do mandato belga, os empregos públicos não ocupados por europeus foram entregues a funcionários tutsis e os tutsis ganharam acesso privilegiado ao ensino superior. A distinção oficial entre os dois grupos apoiava-se numa carteira de identidade que continha o registro étnico de cada indivíduo.

Ao analisarmos contextos diversos, especialmente ao compararmos países que tiveram graves problemas com a temática racial, como os EUA, Alemanha e Ruanda, percebemos que as identidades nacionais em tais países foram moldadas, ao menos em parte,

pela noção de divisão da sociedade em “grupos de sangue”. No Brasil, pelo contrário, o sentimento de identidade nacional organizou-se em torno justamente dessas narrativas - da democracia racial e do homem cordial -, ou, em outras palavras, na noção de mestiçagem e de passionalidade do povo brasileiro.

Se não tivéssemos feito a importação do modelo norte-americano, como aconteceu ao final do julgamento da ADPF 186, poderíamos ter sido mais criativos e capazes de desenvolver uma resposta mais adequada à questão do pardo e da mestiçagem no País. Já que a expressiva maioria dos pobres são negros (75%), se nós fizéssemos uma política de recorte social, também por meio das cotas sociais, haveria a integração necessária dos negros, porém por meio de critérios objetivos, como renda mínima e haver estudado em escola pública, sem incidir nos riscos de reforçarmos a crença em raças e de constrangermos/excluirmos os pardos/miscigenados.

Preferências raciais não apenas em nada contribuem para a redução das desigualdades como ocultam uma realidade educacional trágica e desviam as atenções dos desafios imensos e das urgências com os quais se defronta a nação. As cotas raciais exclusivas proporcionam a um candidato definido como “negro” a oportunidade de ingresso por menor número de pontos que um candidato definido como “branco”, mesmo se o primeiro provém de família de alta renda e cursou colégios particulares de excelência e o segundo provém de família de baixa renda e cursou escolas públicas arruinadas. No fim, o sistema concede um privilégio para candidatos de classe média arbitrariamente classificados como “negros”. Nada há de surpreendente nisso: o sistema de cotas não foi concebido para desempenhar funções de promoção da igualdade social, mas para separar os jovens estudantes em grupos raciais contrapostos.

*“Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo (...) a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena ou do negro. (...) Na ternura, na mímica excessiva, no catolicismo em que se deliciam nossos sentidos, na música, no andar, na fala, no canto de ninar menino pequeno, em tudo que é expressão sincera de vida, trazemos quase todos a marca da influência negra.”*³¹⁶ *Casa Grande & Senzala*, de Gilberto Freyre, foi publicada em 1933, o ano da ascensão de Adolf Hitler, menos de uma década depois da edição da lei antimiscigenação da Virgínia. Num tempo em que o “racismo científico” norteava as políticas de segregação na América do Norte e na Europa, o Brasil escolhia um rumo distinto e

³¹⁶ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. IN: SANTIAGO, Silviano (Coord.). *Intérpretes do Brasil*, vol. 2. Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 2000, p. 478.

descrevia a si mesmo como um país mestiço. Freyre concluiu uma trajetória do pensamento antirracista brasileiro que se articulou em torno da rejeição do conceito de pureza de raça. A mestiçagem, em Freyre, significava, a um só tempo, miscigenação biológica e intercâmbio cultural. Mas, ao contrário do que assevera a lenda, o sociólogo pernambucano não cunhou a expressão “democracia racial” e nunca negou a persistência do racismo na sociedade brasileira.

Depois da Abolição, no lugar da regra da gota de sangue única, a nação brasileira elaborou uma identidade amparada na ideia antirracista de mestiçagem e produziu leis que criminalizam o racismo. Há sete décadas, a República não conhece movimentos racistas organizados ou expressões significativas de ódio racial. Acuado, o preconceito de raça refugiou-se em expressões oblíquas envergonhadas, temendo assomar à superfície. A condição subterrânea do preconceito é um atestado de que há algo de muito positivo na identidade nacional brasileira, não uma prova de nosso fracasso histórico.

Não podemos, em nome do princípio de realidade, em nome do combate às desigualdades e iniquidades que são enormes em nossa sociedade, abrir mão da realidade dos princípios – e entre eles o que nos é mais caro, o princípio da igualdade. O combate ao racismo, pela lei e pela educação, exige antes de tudo a denúncia da crença em raças e a recusa de leis e regras assentadas sobre critérios de pertinência racial.

“A crença na raça é o artigo de fé do racismo. A fabricação de “raças oficiais” e a distribuição seletiva de privilégios segundo rótulos de raça inocula na circulação sanguínea da sociedade o veneno do racismo, com seu cortejo de rancores e ódios. No Brasil, representaria uma revisão radical de nossa identidade nacional e a renúncia à utopia possível da universalização da cidadania efetiva”³¹⁷.

Se após a decodificação do DNA no Projeto Genoma, passou a ser de conhecimento de todos que as raças não existem, a não ser na mente odiosa do racista, como é possível que se proponha uma política que se sustenta na afirmação das raças? Essa é uma inversão que, embora sustentada em boas intenções com objetivos reparatórios, alimenta mais do que elimina o racismo. Esta inversão argumenta que certos grupos, tendo sofrido historicamente os efeitos do racismo, mereceriam uma efetiva reparação da sociedade. Mas se as raças não existem, a não ser na mente do racista, como podemos identificá-las para fins de reparação? Mais grave. Na medida em que o Estado passa a reconhecer como válido um sistema de classificação racial, ainda que com intenções reparatórias, acaba legitimando o conceito de raça, dotando-o de status jurídico. A consequência mais nefasta é que as “raças”, reconhecidas

³¹⁷ Carta dos 113. Disponível em: <https://fundacaofhc.org.br/files/pdf/carta-cidadaos-anti-racistas-contra-as-leis-raciais.pdf>. Acesso em: 09 MAIO 2023.

como sujeitos de direitos, se consolidariam no imaginário social como realmente existentes. Neste cenário idealmente racializado, os benefícios seletivos que o Estado passa a oferecer a certas “raças” termina por obrigar os cidadãos a se definirem racialmente. Irreparável a lição de Elizabeth Kolbert, quando afirma “ It's been used to define and separate people for millennia. But the concept of race is not grounded in genetics.”³¹⁸

Se o argumento é que a “raça” à qual a lei se refere é sinônimo de *origem* das pessoas (por exemplo, índio ou africano) e não a um fato biológico, a lei então deveria se referir a esta origem. Mas sendo o Brasil um país miscigenado, ficaria o legislador obrigado a definir critérios pelos quais um indivíduo pode ou não ser incluído nesta ou naquela raça. Estaríamos criando critérios arbitrários tão odiosos quanto aqueles observados nas Leis de Nuremberg de 1935, uma vez que caberia à política decidir pela racialização da sociedade, definindo rígida e inescapavelmente à que raça o indivíduo deveria pertencer.

A vida social brasileira, socializada a partir da miscigenação, orienta-se pelo sentimento de que os brasileiros estão ligados a múltiplas origens, abrigadas em uma identidade, a nacional, brasileira. Obrigar um indivíduo cujas origens são africanas, europeias ou indígenas, como é o caso da maioria da população brasileira, a ter que escolher uma de suas origens ou ancestralidades e transformá-la rigidamente em uma identidade racial ou étnica, é uma violência que fere a um só tempo tanto o Estado de Direito, baseado no critério de igualdade, quanto a tradição da miscigenação³¹⁹. O reconhecimento de que as práticas racistas e seus efeitos devam ser objeto de políticas sociais efetivas, não deve significar o mesmo que reconhecer direitos diferenciados na suposição de que existam “raças” desiguais. Isto fere mortalmente todas as possibilidades de se eliminar o racismo ainda presente na vida social brasileira e de avançarmos em direção a uma sociedade verdadeiramente pós-racial.

No Brasil, considerar a dicotomia negro/branco não leva em conta a ancestralidade brasileira. O povo brasileiro, observou Darcy Ribeiro, é uma confluência de variadas matrizes étnicas e distintas tradições culturais. Por isso é um novo mutante, com características próprias³²⁰.

³¹⁸ KOLBERT, Elizabeth. “There’s no scientific basis for race—it’s a made-up label” Disponível em: [HTTPS://WWW.NATIONALGEOGRAPHIC.COM/MAGAZINE/ARTICLE/RACE-GENETICS-SCIENCE-AFRICA](https://www.nationalgeographic.com/magazine/article/race-genetics-science-afrika). Acesso em: 22 JUN 2023.

³¹⁹ A título de exemplo, temos a situação do político Antônio Carlos Magalhães Neto, que no registro de candidatura ao governo da Bahia se autodeclarou pardo e foi altamente ridicularizado e exposto pela militância racialista. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2022/09/23/acm-neto-duda-salabert-como-a-afroconveniencia-virou-assunto-na-eleicao.htm>. Acesso em: 03 OUT 2022.

³²⁰ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro – A formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Cia. das Letras, 1995, p. 50.

V - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ABBOUD, Georges. **Constitucionalismo Global**. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- ADORNO, Theodor. **A educação após Auschwitz**. Transmissão na rádio de Hessen, em 18 de abril de 1965, publicada em *Zum Bildungsbegriff der Gegenwart*, em Frankfurt, no ano de 1967.
- ADORNO, Theodor W. **Educação e Emancipação**. Tradução: Wolfgang Leo Maar. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.
- ADORNO, Theodor. **Crítica cultural e sociedade**. En: Prismas. Trad.: Augustin Wernet e Jorge Mattos Brito de Almeida. São Paulo: Ática, 1998.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- ALI, Mohamed. **O equívoco de defensores e críticos do “mercado de ideias”**. Disponível em: <https://objetivismo.com.br/artigo/o-equivoco-de-defensores-e-criticos-do-mercado-de-ideias?fbclid=IwAR2wzgDdfBYwQSSPBNYfEncBM9sSfC24GWDBTbqzzSYewdoBtHIPotCispk>. Acesso em: 18 SET 2022.
- ALMEIDA, Sílvio Luis. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.
- AMAN JR., Alfred. **Administrative law in a global era**. Cornell University: New York, 1992.
- ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado – Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos**. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1980.
- ANDREWS, George Reid. Ação Afirmativa: um Modelo para o Brasil? In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo e Racismo. Uma comparação Brasil–Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997.
- AQUINO, Rubim. **Sociedade Brasileira: uma História. Através dos Movimentos Sociais: da Crise do Escravismo ao Apogeu do Neoliberalismo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record. 2002.
- ANDERS, Günther. **Nós, filhos de Eichmann**. Tradução Felipe Catalani. São Paulo: Elefante, 2023.
- ARAD, YITZHAK. **El Holocausto en Documentos**-.Yad Vashem, Jerusalém, 1996.
- ARENDT, Hannah. **Wahrheit und Lüge in der Politik: Zwei Essays**. Berlim: R. Piper, 1972.
- ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução: José Rubens Siqueira. 13ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARENDT, Hannah. **La imagen del Infierno (septiembre de 1946). Ensayos de comprensión (1930-1954)**. Tradución: Agustín Serrano de Haro. Madrid: Caparrós Editores, 2005.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13ª edição. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022.
- ARENDT, Hannah. **Escritos Judaicos**. Tradução: Laura Degaspere Monte Mascaro. Barueri: Amarilys, 2016.

ATWOOD, Margaret. My Hero: George Orwell. The Guardian, 18 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/books/2013/jan/18/my-hero-george-orwell-atwood>. Acesso em: 26 SET 2022.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA, Rui. **Obras completas**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação. v XX, 1958.

BARICKMAN, Bert. “As cores do escravismo: escravistas pretos, pardos e cabras no Recôncavo baiano, 1835”, In: **População e Família**, 2, 1999.

BARRETO, Tobias. A questão do poder moderador. In: **A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros**. Petrópolis, RJ: Vozes; Instituto Nacional do Livro, 1977.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido. Sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª. São Paulo: Malheiros, 2019; MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

BOYLE, Kevin. Hate Speech – the United States versus the rest of the world? In: **Maine Law Review**, 2001.

BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo com o título **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas – 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 4275. 01/03/2018. Relator Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. 26/04/2012. Relator Min. Ricardo Lewandowski.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 82.424. Rel. Moreira Alves. 17/09/2003. Redator do Acórdão: Min. Maurício Correia.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41. Rel. Min. Luis Barroso. 08/06/2017.

BRASÍLIA. Senado Federal. **Doutrina da Constituição Brasileira: Constituição de 1946**. NOGUEIRA, Otaviano (Org.). Brasília: Conselho Editorial, tomo I, 2006.

BRUGGER, Winfried. **O Comunitarismo como Teoria Social e Jurídica por Trás da Constituição Alemã**. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, ano 3, nº 11, jul/set. 2008.

CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CALDWELL, Peter. **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism**. London: Duke University Press, 1997.

CALLIGARIS, Contardo. **Hello, Brasil e outros ensaios: psicanálise da estranha civilização brasileira**. São Paulo: Três Estrelas, 2017.

CALMON, Pedro. **História Social do Brasil**. Espírito da Sociedade Imperial. Vol. 2. São

- Paulo: Martins Fontes. (Temas Brasileiros). 2002.
- CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, v. 2, 1956.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, JJ Gomes e MOREIRA, Vital. **CRP Constituição da República Portuguesa, Anotada**, vol. I, arts. 1º a 107, 4ª. Ed portuguesa e 1ª brasileira. Coimbra editora. Editora RT: Coimbra 2007.
- CARDOSO, Fernando Henrique. **Capitalismo e Escravidão no Brasil Meridional. O Negro na Sociedade Escravocrata do Rio Grande do Sul**. 5ª ed. revista. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. **Dez Mitos sobre os Judeus**. 2ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: ateliê editorial, 2019.
- CARROL, Lewis. **Alice: edição comentada**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- CASTAN, S. E. **Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do Século**. Porto Alegre: Revisão, 1987.
- CASTRO, Marcus Faro de. **Política e relações internacionais**. Brasília: Editora UnB, 2005. (Coleção Relações Internacionais).
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “discurso do ódio” na jurisprudência alemã, americana e brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Dissertação de Mestrado. Brasília: DP, 2014.
- CHACON, Vamireh. **A Construção da Brasilidade. Gilberto Freyre e sua Geração**. Brasília: Paralelo 15 – São Paulo: Marco Zero, 2001.
- CHACON, Vamireh. **Gilberto Freyre. Uma Biografia Intelectual**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco - Massangana, 1993.
- CHACON, Vamireh. **Vida e morte das constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CHAPOUTOT, Johann. **A revolução cultural nazista**. Rio de Janeiro: Da Vinci, 2022.
- CHEGE, Michael. Africa’s murderous professors. In: **The National Interest**, inverno 1996.
- CHIN, Gabriel J. **Affirmative action and the Constitution. Affirmative action before constitutional law, 1964–1977**. Vol. I. New York & London: Garland publishing, Inc., 1998, p. XV. Tradução livre.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- CONSTANTINESCO, Leotin. **Tratado de direito comparado–Introdução ao direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CORCOS, Alain F. **The myth of Jewish race**. Lehigh university press. Bethlehem, 2005.
- CORREIA, Adriano. **O caso Eichmann. Hannah Arendt e as controvérsias jurídicas sobre o julgamento**. São Paulo: Edições 70.
- CORNWELL, John. **Os cientistas de Hitler. Ciência, Guerra e o Pacto com o Demônio**. Tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2003.
- COSTA, Iraci. **Arraia-miúda**. São Paulo, MGSP, 1992.
- CRASNIANSKI, Tania. **Filhos de Nazistas. Os impressionantes retratos de família da elite do nazismo**. Tradução de Fernando Scheibe. 1ª ed. São Paulo: Vestígios, 2018.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. I, 1992.

CRUZ, Levy. Democracia Racial, uma hipótese. **Fundação Joaquim Nabuco**. Trabalhos para Discussão nº 128/2002. ago. 2002. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/TPD/article/view/935>. Acesso em: 16 MAIO 2021.

DAMATTA, Roberto. **Conta de Mentiroso: sete ensaios de antropologia brasileira**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

DAMATTA, Roberto. **Relativizando. Uma Introdução à Antropologia Social**. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

DAVID, René. **Tratado de derecho civil comparado – Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al metodo comparativo**. Traducción Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953.

DEGLER, Carl. **Neither Black nor White. Slavery and Race Relations in Brazil and the United States**. Reprint. Madison, Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 1986.

DIAS, Adriana. Disponível em: ENTREVISTA: O movimento neonazista no Brasil e a ligação com Bolsonaro |CAMA DE GATO - YouTube. Acesso em: 26 SET 2022.

DWORKIN, Ronald. Darwin's new bulldog. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 111, p. 1718-1738, 1998.

DWORKIN, Ronald. In praise of theory. In: **Arizona State law Journal**, Mesa, n. 29, p. 353-376, 1997.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e direito.).

ECO, Umberto. **Cinco escritos morais**. Tradução de Eliana Aguiar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La lucha contra las inmunidades del poder**. Madrid, Civitas 93ª. Ed Reimpression 2016.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARBER, Daniel A. Legal pragmatism and the Constitution. In: **Minnesota Law Review**, Minneapolis, n. 72, p. 1.331-1.378, 1988.

FARBER, Daniel A. Reinventing Brandeis: legal pragmatism for the twentyfirst century. In: **University of Illinois Law Review**, Champaign, p. 163, 1995.

FARIA, Sheila de C. **A colônia em movimento**. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1998.

FELIX, Loussia P. Musse. A avaliação dos cursos jurídicos como instrumento de consolidação da Portaria n. 1.886/94, de 30 de dezembro de 1994. In: **OAB ensino jurídico: novas diretrizes curriculares**. Brasília: Conselho Federal, p. 101-114, 1996.

FELIX, Loussia P. Musse. O projeto Alfa Tuning e a área de direito: competências como eixo da formação na perspectiva latino-americana. In: **Notícia do direito brasileiro**. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2006, (Nova série n. 13.).

FERNANDES, Florestan. **O processo constituinte**. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, 1988.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1997.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **O anteprojeto dos notáveis**. São Paulo: Saraiva, 1987.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **NOVO AURÉLIO**. 2022.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. Arts. 1º a 21º. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989.

FISCUS, Ronald J. **The Constitutional Logic of Affirmative Action**. Edited by Stephen L. Wasby; Foreword by Stanley Fish. Durham and London: Duke University Press, 1992.

FISH, Stanley. Almost pragmatism: the jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty, and Ronald Dworkin. In: **Pragmatism in law and society**. Boulder, USA: Westview Press, p. 47-82, 1991.

FRANKL, Viktor. **Em busca de sentido**. Petrópolis: Vozes, 1991.

FRANKLIN, John Hope. O Negro depois da Liberdade. In: WOODWARD, C. Vann. (Org.). **Ensaio Comparativos sobre a História Americana**. Tradução de Octávio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1972.

FRANKLIN, John Hope. **Raça e História. Ensaio Selecionados (1938-1988)**. Tradução de Mauro Gama. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

FREITAS, Décio. Escravidão e Mercantilismo. In: **Leituras sobre a Cidadania. Vol. VII. A Cidadania no Brasil. I — O Índio e o Escravo negro**. Editor: Walter Costa Porto. Brasília: Senado Federal. Ministério da Ciência e da Tecnologia. Centro de Estudos Estratégicos, 1988.

FREUD, Sigmund. Novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos. In: **P. C. Souza. Edição Obras Completa de Sigmund Freud** (Vol. 18, pp. 90-223). Rio de Janeiro: Imago, 2010.

FREUD, Sigmund. Obras Completas. Volume 15. **Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos**. 1920 – 1923. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras.

FREUD, S. Totem e Tabu e outros trabalhos. In: **E.S.B**, v.12,. Rio de Janeiro, Imago, 1969.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala. Formação da Família Brasileira sobre o Regime da Economia Patriarcal**. Apresentação de Fernando Henrique Cardoso. 47ª edição revista. São Paulo: Global, 2003.

FREYRE, Gilberto. **New World in the Tropics**. 2º ed. New York: Random House, 1963.

FREYRE, Gilberto. **O Escravo nos Anúncios de Jornais Brasileiros do Século XIX**. Recife: Imprensa Universitária, 1963.

FREYRE, Gilberto. **Palavras Repatriadas**. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano**. 12. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

FRY, Peter. **O que a Cinderela Negra tem a dizer sobre a “Política Racial” no Brasil?** São Paulo: Revista da USP, n° 28, p. 122-135, dez/fev. 1995-1996.

GASPARI, Élio. O Branco tem a marca de Naná. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 abr. 2000. Editorial Folha Brasil.

GASPARI, Élio. Um grande livro sobre o racismo (in)existente. **Jornal O Globo**, Rio de Janeiro, 19 out. 2003. Coluna do autor.

GERBER, Keilah Freitas; ZANOTTI, Susane Vasconcelos. **Descendants of notorious nazis:** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/agora/a/yxHhyZbgCBhtrLMMZ8Zf8D/?lang=pt>. Acesso em: 03 DEZ 2022.

GILBERT, Martin. **A noite de Cristal. A primeira explosão do ódio nazista contra judeus**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

GOÉS, José Roberto Pinto de. Reparação, escravidão e leis raciais. In: **Caderno Opinião, O GLOBO**, 15 JUN 2009.

GORENDER, Jacob. **O Escravismo Colonial**. 2º reimpressão da 6ª ed. São Paulo: Ática, 2001.

GOUREVITCH, Philip. **Gostaríamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias**. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

GOYA, Francisco de. **O sono da razão produz monstros**. 1 gravura. 21,4 cm x 15 cm. Rijksmuseum: Amsterdã, 1797-1799.

GREY, Thomas C. Hear the other side: Wallace Stevens and pragmatist legal theory. In: **Southern California law review**, Los Angeles, v. 63, p. 1569-1595, 1990.

GREY, Thomas C. What good is legal pragmatism? In: BRINT, Michael; WEAVER, William (Eds). **Pragmatism in law & society**. San Francisco: Westview Press, 1991.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Baianos e Paulistas. Duas Escolas de Relações Raciais? In: **Tempo Social**. Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo, vol. 11, n° 1, maio 1999.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Classes, Raças e Democracia**. São Paulo: Editora 34, 2002.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Raça e os Estudos de Relações Raciais no Brasil. In: **Novos Estudos**. São Paulo: CEBRAP, n° 54, jul. 1999.

GUSTIN, Maracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

GUTERMAN, Marcos. **Nazistas entre nós. A trajetória dos oficiais de Hitler após a guerra**. São Paulo: Contexto, 2016.

HABERER, Joseph. **Politics and the community of Science**. New York: New York Review, 1969.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. (Serie Doctrina Jurídica, n. 47).

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Trad. Joaquín Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia**. Tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HANTZIS, Catharine Wells. Legal innovation within the wider intellectual tradition: the pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr. In: **Northwestern University Law Review**, Evanston, n. 82, p. 541, 1988.

HARRIS, Marvin. **Patterns of Race in the Americas**. Reprint. New York: The Norton Library, 1974.

HASENBALG, Carlos A.; MUNANGA, Kabengele; SCHWARCZ, Lília Moritz. **Racismo: Perspectivas para um Estudo Contextualizado da Sociedade Brasileira**. Niterói, Rio de Janeiro: Editora da Universidade Federal Fluminense, 1998.

HAUPT, Claudia E. **Regulating Hate Speech –damned if you do and damned if you don’t: lessons learned from comparing the German and U.S. approaches**. In: Boston: Boston University International Law Journal, n. 23, 2005.

HILBERG, Raul. **A destruição dos judeus europeus**. Tradução: Carolina Barcellos. Volume I. São Paulo: Amarillys, 2016, p. 1.

HITLER, Adolf. **Minha Luta**. Tomo I. Coleção Personalidades. Porto Alegre: Editora Revisão, 1990.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP).

HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos**. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 4ª ed. revista pelo autor. Brasília: Universidade de Brasília, 1963.

HORKHEIMER, M. & Adorno, T. W. O conceito de esclarecimento. In: M. HORKHEIMER & T. W. Adorno (Orgs). **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

HOY, David. Is legal originalism compatible with philosophical pragmatism? In: **Pragmatism in law and society**. Boulder, USA: Westview Press, p. 343-358, 1991.

JOBIM, Nelson de Azevedo. A constituinte vista por dentro – vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coordenador) **15 anos de Constituição – história e vicissitudes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

JOBIM, Nelson de Azevedo. **O Globo**. “Rio de Janeiro Especial”. 05/10/2003.

JÜNG, Carl. **Obras Completas**. Volume XVI. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica à Razão Pura**. 3ª edição. São Paulo: Ícone, 2021.

KAMEL, Ali. **Não somos racistas. Uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KAUFMANN, Roberta. **Ações Afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos EUA e no Brasil**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

KLEMPERER, Victor. **Language of the Third Reich**. Translated by Martin Brady. – Bloomsbury Revelations edition. London: New Brunswick, N.J.: Athlone Press, 2000.

KOLBERT, Elizabeth. Disponível em: <https://www.nationalgeographic.com/magazine/article/race-genetics-science-africa>. Acesso em: 22 JUN 2023.

KOREN, Yehuda e NEGEV, Eilat. **Gigantes no Coração**. Ed. Relume Dumará, Rio de Janeiro, 2006.

LACAN, Jacques. **Nomes-do-pai**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2005.

LACGER, Louis. **Ruanda**. Grands Lacs: University of Michigan, 1940.

LE BON, Gustave. **Psicologia das Multidões**. São Paulo: WMF Editora Martins Fontes, 2019.

LEMARCHAND, René. Ethnicity as a Myth: the view from the Central Africa. In: **Occasional Paper**, Centre of African Studies: University of Copenhagen, maio 1999.

LERNER, Silvia Rosa Nossek. **Arte em tempos de intolerância: Theresienstadt**. Rio de Janeiro: Rio Books, 2020.

LERNER, Silvia Rosa Nossek. **A música como memória de um drama: o Holocausto**. Rio de Janeiro: Garamond, 2017.

LERNER, Silvia Rosa Nossek. **Liberdade de escolher como morrer: a resistência armada de judeus no Holocausto**. Rio de Janeiro: Imprimatur, 2015.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** Tradução de Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. **Supremo Tribunal Federal. Prússia contra Reich**. São Paulo: Contra Corrente, 2022.

- LUBAN, David. The Posner variations: twenty-seven variations on a theme by Holmes. In: **Standford Law Review**, Standford, v. 48, p. 1001-1036, 1996.
- LUCRÉCIO, Francisco. Depoimento. In: BARBOSA, Márcio. (Org.). **Frente Negra Brasileira: Depoimentos**, 1998.
- LUNA, Francisco Vidal & COSTA, Iraci del Nero da. **Minas colonial: economia e sociedade**. São Paulo, FIPE & Pioneira, 1982.
- MAIO, Marcos Chor & SANTOS, Ricardo Ventura. Políticas de cotas raciais, os olhos da sociedade e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). In: **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 23, p. 181-214, 2005.
- MAGGIE, Yvonne. **O medo do feitiço: relações entre magia e poder no Brasil**. Rio de Janeiro, Arquivo Nacional, 1992.
- MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gota de Sangue: história do pensamento racial**. São Paulo: Contexto, 2009.
- MANGABEIRA, João. **Rui: o Estadista da República**. Brasília: Senado Federal, 1999, (Coleção Biblioteca Básica Brasileira).
- MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional** - 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Vide editorial: Campinas, 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.
- NABUCO, Joaquim. **O Abolicionismo**. Petrópolis, Vozes, 1988.
- NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito de Marca: as Relações Raciais em Itapetinga**. Apresentação e edição de Maria Laura Viveiros de Castro Cavalcanti. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.
- NOVAIS, Fernando. **Estrutura e Dinâmica do Antigo Sistema Colonial. Séculos XVI–XVIII**. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense 1986:
- OELHAFEN, Ingrid Von; TATE, Tim. **As crianças esquecidas de Hitler. A verdadeira história do programa Lebensborn**. Tradução: Rogério Bettoni. São Paulo: Ed. Contexto, 2017.
- OLIVEIRA VIANNA. **Raça e Assimilação. Os Problemas da Raça. Os Problemas da Assimilação**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1932.
- OSÓRIO, Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2017.
- PATTERSON, Dennis. Law's pragmatism: law as practice and narrative. In: **Virginia Law Review**, Charlottesville, n. 76, p. 937-998, 1990.
- PAULO FILHO, Pedro. **O bacharelismo brasileiro: da colônia à República**. Campinas: Editora Bookseller, 1997.
- PAIVA, Clotilde. **População nas Minas Gerais do século XIX**. São Paulo, USP, 1996, Tese de doutoramento.
- PENA, Sérgio D. "Receita para uma humanidade desracializada". **Ciência Hoje Online**, setembro de 2006.
- PENA, Sérgio D. Os Múltiplos Significados da Palavra Raça. In: **Folha de São Paulo**, São Paulo. Opinião. Tendências e Debates, p. 1-3, 21 dez, 1998: p. 1 a 3.
- PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PIRES, Ézio. **O julgamento da liberdade**. Brasília: Senado Federal, 1979. (Coleção Machado de Assis, v. 20.).
- POROGER, Felipe; BERESIN, Pedro. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/as-novas-caras-do-neonazismo-no-brasil/>. Acesso em: 23 JUN 2023.
- POSNER, Richard Allen. Against constitutional theory. In: **New York University Law Review**, New York, n. 73, p. 1-22, 1998.

- POSNER, Richard Allen. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003.
- POSNER, Richard Allen. Pragmatic adjudication. In: **Cardozo Law Review**, New York, n. 18, p. 1-20, 1997.
- POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Coleção Justiça e Direito.).
- POSNER, Richard Allen. The problematics of moral and legal theory. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 111, p. 1.637, 1998.
- POSNER, Richard Allen. What has pragmatism to offer law? In: **Southern California Law Review**, Los Angeles, n. 63, p. 1.653-1.670, 1990.
- POSNER, Richard Allen. **Divergent paths. The Academy and the Judiciary**. Cambridge / London – Harvard University press, 2016.
- PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução Política do Brasil: Colônia e Império**. 2ª reimpressão da 21ª edição de 1994. São Paulo: Brasiliense, 2001.
- PRADO, Ney. **Os notáveis erros dos notáveis da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PRADO, Paulo. **Retrato do Brasil. Ensaio sobre a Tristeza Brasileira**. Organização Carlos Augusto Calil. 2ª reimpressão da 8ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. (Colección Estructuras y procesos – Serie Derecho.).
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- REALE, Miguel. **Liberdade e democracia: em torno do Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- REBELO, Aldo. Um Homem que entendeu o Brasil. In: REBELO, Aldo (et. al). **Gilberto Freyre e a Formação do Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000.
- RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro – A formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.
- RIBEIRO, René. **Religião e Relações Raciais**. Prefácio de Gilberto Freyre. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, tomo I, 1991.
- RODRIGUES, Nina. **Os Africanos no Brasil**. Revisão e prefácio de Homero Pires. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1932.
- ROMERO, Sylvio. A Poesia Popular no Brasil. In: **Revista Brasileira**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras. Tomo I, 1879.
- RORTY, Richard. Pragmatism and law: a response to David Luban. In: **Cardozo Law Review**, New York, n. 18, p. 75-83, 1997.
- ROSENBERG, Alfred. **O mito do século XX. Uma valoração das lutas anímico-espirituais das formas em nosso tempo**. Tradução por SR. B. São Paulo: Episch Verlag, 2023.
- ROSENFELD, Michel. **Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry**. New Haven and London: Yale University Press, 1991.
- ROSENFELD, Michel. **Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry**. New Haven and London: Yale University Press, 1991.
- ROSENFELD, Michel. **Hate Speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis**. Working Paper Series 41/11, 2001, p. 41. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939. Acesso em 18 SET 2022.
- SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Véra Jacob. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 191; ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein.

Introduction to comparative law. Translated by Tony Weir. New York: Clarendon Press – Oxford, 1992.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SÁNCHEZ, Antônio Pombo. **La derrota de la razón – Janusz Korczak: médico, educador y mártir.** Buenos Aires: Xoroi Edicions, 2017.

SANTAYANA, George. **The Life of Reason or The Phases of Human Progress** Volume I: Introduction Reason in Commonsense. London: Constable & Company, 1905.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

SARTRE, Jean Paul. **O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica.** Tradução de Paulo Perdiggão. Petrópolis: Vozes, 2009.

SHIRER, William L. **Ascensão e Queda do Terceiro Reich. Triunfo e Consolidação. (1933-1939).** Tradução: Pedro Pomar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005.

SILVA JR., Hédio. Do Racismo Legal ao Princípio da Ação Afirmativa: a Lei como Obstáculo e como Instrumento dos Direitos e Interesses do Povo Negro. In: HUNTLEY, Lynn; GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. (Orgs.) **Tirando a Máscara: Ensaio sobre o Racismo no Brasil.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 20. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. **Projetos para o Brasil.** Organização Miriam Dolnikoff. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SILVA, Sílvia Cortez. Gilberto Freyre, “O Pornógrafo de Recife” In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. (Org.). **Minorias Silenciadas. História da Censura no Brasil.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

SIMONSEN, Roberto. **História Econômica do Brasil. 1500–1820.** 2 Tomos. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1937.

SKIDMORE, Thomas. **O Brasil Visto de Fora.** 2ª ed. Tradução de Susan Semler. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

SKRENTNY, John David. **The Ironies of Affirmative Action. Politics, Culture, and Justice in America.** Chicago & London: The University of Chicago Press, 1996.

SMEND, Rudolf. **Constitucion y derecho constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso. Da escravidão à Lava-jato.** Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SOUZA, Jessé. Aula “**Como o Racismo cultural, de classe e de raça criou o Brasil moderno**”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wnRVmn2b-w0>. Acesso em: 03 OUT 2022.

SOUZA, Jessé. Multiculturalismo, Racismo e Democracia. Por que comparar Brasil e Estados Unidos? In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo e Racismo. Uma comparação Brasil–Estados Unidos.** Brasília: Paralelo 15, p. 23-35, 1997.

SOUZA, Jessé. Prefácio. In: SOUZA, Jessé (Org.). **O malandro e o protestante. A tese weberiana e a singularidade cultural brasileira.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

SOWELL, Thomas. **Affirmative action around the world: an empirical study.** New Haven/Londres: Yale University Press, 2004.

SPITZ, Vivien. **Doctors from Hell**. Sentient Publications. United States of America, LLC, 2005.

STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo? A política do “nós” e “eles”**. L&PM: Porto Alegre, 2018.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1995.

SYNDER, Timothy. Terra Negra. **O Holocausto como História e Advertência**. Tradução: Donaldson M Garschagen. São Paulo: Cia das Letras, 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

TEIXEIRA, Ricardo. **Holocausto, nazismo e negacionismo: análise de uma atividade de divulgação cultural**. Diálogos interdisciplinares. Volume X, número 1, 2021. São Paulo: Centro Universitário Brás Cubas.

TODOROV, Tzvetan. **Abusos da memória**. Ediciones Paidós Ibérica, 2000.

URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Reimpressão fac-sim. Brasília: Ministério da Justiça, 1997 (Série Arquivos do Ministério da Justiça.).

VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría de la constitución como ciencia cultural**. Madrid: Dykinson, 1998.

VIANNA, Hermano. Equilíbrio de Antagonismos. **Folha de São Paulo**, São Paulo. 12 mar. 2000. Editorial Mais!

VOLKAN, Vamik D. Psicodinâmica da violência de grandes grupos e da violência de massas. In: **Ciência & Saúde Coletiva**, 11 (Sup): 1199-1210, 2007.

WEGNER, Robert. Os EUA e a fronteira na obra de Sérgio Buarque de Holanda. In: SOUZA, Jessé. **O malandro e o protestante**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

ZE'EVI, C. **Hitler's children**. Israel: Maya Productions, Saxonia Entertainment, 1 DVD (83min.), son., color, 2011.

ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer. Como pessoas boas se tornam más**. Tradução de Tiago Novaes Lima. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2022.

ZWEIG, Stefan. **El mundo de Ayer. Memórias de um europeu**. Traduzido do alemão por: Pablo Álvarez Ellacurría. Barcelona: Papel de Liar, 2009.